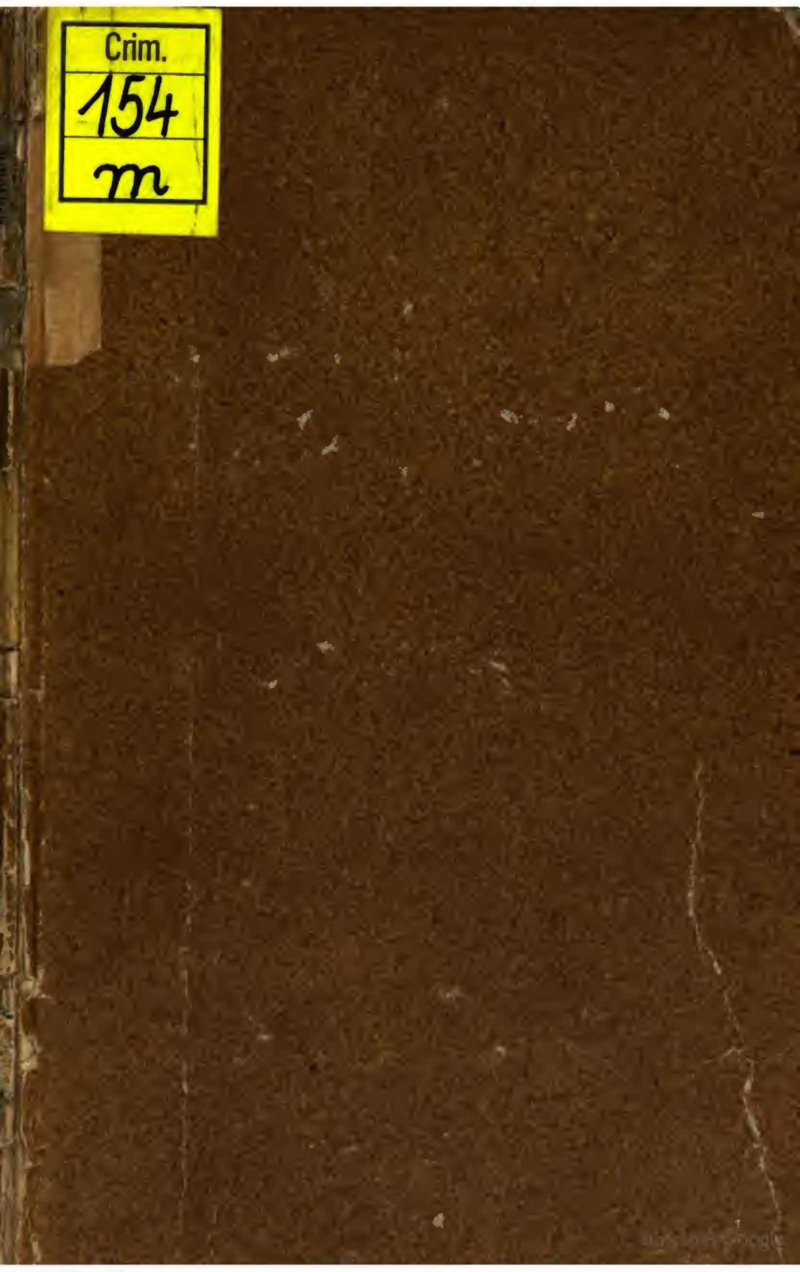


<36605679670014





# Die Lehre

vom

# Mord und Todtschlag,

einer

historisch-philosophischen Kritik unterworfen,

zugleich dogmatisch, dogmengeschichtlich, und mit Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen dargestellt

von

**Christian Reinhold Köstlin,**
Advokaten zu Stuttgart.

R

---

## Erster Theil.

## Die Ideen des Römischen Rechts.

Stuttgart.

Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung.

1838.

Dem

**hochwürdigen Prälaten v. Köstlin,**

Generalsuperintendenten,

**seinem Vater,**

in dankbarster Liebe

gewidmet

vom

**Verfasser.**

# Vorrede.

Das Werk, dessen ersten Theil ich hier dem Publikum übergebe, ist der Ableger eines größeren Planes, welchen die Betrachtung der ganzen Rechtswissenschaft in ihrer neuesten Entwicklung in mir rege gemacht hat.

Nachdem gegenüber dem Formalismus der aus der Kantischen Periode entsprossenen Systeme der Begriff des Rechts sich in der sogenannten historischen Schule wieder ein lebendigeres Daseyn gegeben und in die Wirklichkeit sich eingelebt hatte, war in der Jurisprudenz dieselbe Umwandlung vorgegangen, welche in den ersten Jahrzehenten dieses Jahrhunderts die Philosophie erlebte, — nur eben in der beschränkten Weise, wie eine solche allgemeine Wiedergeburt des Geistes in einer positiven, an empirisches Material gebundenen, Wissenschaft zunächst sich zu bethätigen pflegt. Es wurde nämlich nicht sowohl mit Bewußtseyn ein neues Princip aufgestellt, als vielmehr nur mit richtigem Takte eine der Zeit gemäße neue Art der Bearbeitung versucht und anempfohlen. Weniger polemisch als vornehm herabsehend, trat man der alten systematischen Methode entgegen. Denn es waren nicht speculative Köpfe, die mitten in ihrer Wissenschaft selbst den Drang empfunden hätten, über jene

Methode hinauszugehen und sie in eine neue Gestalt hinüberzuführen; sondern es waren geistreiche und gelehrte, vom Athem einer jugendlichen, geisttrunkenen Zeit unwillkührlich berührte Männer, welche unausgesprochen, wohl auch unbewußt, von einem breiteren Strome getragen, in der That einen dialektischen Fortschritt machten.

Indem an die Stelle eines dürren, der subjectiven Willkühr angehörigen, Schematismus die geschichtliche Betrachtung des Rechts trat, war nämlich anerkannt, daß der Geist sich ein objectives Daseyn gebe, und sein eigenes Leben lebe, daß er die positive Wirklichkeit durchdringe und daß das Subjekt nichts zu thun habe, als seine Spuren in dieser aufzuzeigen. Nur muß dies auch wirklich geschehen: es muß der Geist als solcher in seiner nothwendigen Entwicklung aufgewiesen und durch die historischen Momente hindurchgeführt werden. Denn freilich, Geschichte läßt sich auf mancherlei Weise schreiben; und Vieles, was sich mit großem Pompe dafür gibt, hat seinen Charakter eben in der absoluten Geistlosigkeit der Auffassung; indem so mancher pragmatischer Geschichtschreiber eben die treibende Idee aus dem factischen Leibe wie den Teufel auszutreiben bemüht ist. Es muß aus den Zufälligkeiten der räumlichen und zeitlichen Erscheinungsweise, aus den Besonderheiten der verschiedenen Volksindividualitäten das allgemeine Wesen ausgehoben und durch dieselben nur, wie ein Strom durch sein Gebiet, hindurchgeführt werden. Dabei soll das Besondere durchaus nicht vernachläßigt, sondern gerade so eigenthümlich als möglich dargestellt werden; denn auch diese Besonderheiten sind von höherem Standpunkte aus nicht mehr zufällig, sondern in weiteren Zusammenfassungen ihrer allgemeineren Verhältnisse bethätigt sich wiederum die Idee, welche für bestimmte Stadien ihrer Entwicklung auch bestimmte äußerliche Voraussetzungen verlangt. Allein in dieselben verlieren darf sich die Darstellung nicht, wenn sie nicht

der eigentlichen geistigen Weihe verlustig gehen will. Allerdings wird wohl manchmal auch ohne bestimmt ausgesprochene speculative Tendenz durch feinen Schick und Takt die richtige Straße getroffen. Allein nur zu oft verbietet dies die gelehrte Kleinigkeitskrämerei, besonders der partielle Wahnsinn der Philologie, indem freilich der geistlose Fleiß eines mittelmäßigen Verstandes mit fanatischem Eigensinne seine Siebensachen zu Weltwundern aufzuspreizen liebt, um sich für seine ideelle Gehaltlosigkeit schadlos zu halten. So haben wir denn auch von der historischen Schule Arbeiten von verschiedenem Werthe erhalten, theils solche, worin eine glückliche Natur den geistigen Pulsschlag fein zu erlauschen und in geschmackvoller Darstellung befriedigend durchscheinen zu lassen wußte, theils aber auch solche, wo unter der Last des herbeigeschleppten Materials die höhere Entwicklung erstickt, oder unter Controversen, Conjecturen und Hypothesen über Außenwesentliches, unter den eigensinnigen Beliebigkeiten der bloßen pragmatischen Reflexion das Leben der Idee gemordet wird. Insofern nun durch Darstellungen der letzteren Art wenigstens eine Fülle von Material herbeigetragen und zugleich in denselben der gemeine Verstand an seiner eigenen Arbeit zu Schanden geworden ist, — läßt sich ihnen ein gewisser, sowohl positiver, als negativer, Werth nicht absprechen. Nur hätte dergleichen niemals als Muster anempfohlen werden sollen. Ueberall aber, auch bei den in ihrer Art trefflichsten Arbeiten fand der Mangel Statt, daß dem Geiste nicht das gebührende Recht gegeben, und seine dialektische Entwicklung mehr nur geduldet, als, wie es hätte geschehen sollen, zur Hauptsache gemacht wurde. Als das Letztbestimmende erscheint vielmehr immer das individuelle Volksleben in der breiten Realität seiner räumlichen und zeitlichen Existenz, mit allen Zufälligkeiten der vorübergehenden Erscheinung. So richtig es nun auch war, die rechtlichen Begriffe an die religiösen Ansichten, die Sitten,

die intellectuelle Bildung, den climatischen Character &c. anzuknüpfen, so war doch dabei der Mangel, daß die Totalität dieser individuellen Momente als das wesentlich Bedingende angesehen und das Recht als ein reiner Ausfluß solcher nationellen Bestimmtheit, als eine Schöpfung gleichsam des besonderen Volksgeistes angesehen wurde, statt daß die Totalität aller dieser Momente selbst nur wieder als ein Moment in der weltgeschichtlichen Entwicklung des Rechtsbegriffs als solcher hätte aufgefaßt werden sollen. Wenn wir indessen hier von einem Fehler sprechen, so ist die Meinung nicht, daß damit ein Vorwurf ausgesprochen, sondern nur daß nachgewiesen werden soll, wodurch jene Behandlung einer dialektischen Weiterbildung zugetrieben werde. Im Gegentheile kann das Verdienst der historischen Schule auf keinem Standpunkte gerechter gewürdigt werden, als auf dem der neueren Philosophie, welcher sie die wesentlichsten Dienste geleistet hat. In der That war durch sie wieder Geist in die Wissenschaft gekommen, welche durch die formalsystematische Behandlung nach bloß vom Verstande beliebig gesetzten Principien ganz herabgekommen und fast zur bloßen Dienstmagd der Praxis geworden war. Gibt es doch heute noch Katheder in Deutschland, von welchen herab jene idyllischen Eselsbrücken zu den Zuhörern geschlagen werden. Gewiß gibt es aber nichts Geisttödtenderes, als eine derartige Ueberlieferung der Wissenschaft, wobei nur das im Augenblicke Anwendbare herausgenommen, an seine Entstehung, an das geschichtliche Leben der Begriffe nicht gedacht, Römisches, Canonisches und Deutsches Recht wie in Noahs Arche zusammengesperrt, zum Eintheilungsgrund aber die Formeln eines veralteten, auf abstracte Reflexionen gebauten Naturrechts herbeigeholt werden. Von einer Entwicklung der Rechts i d e e kann ja hier ohnedies nicht die Rede seyn, da vielmehr unter polemischer Entgegensetzung gegen die Spekulation ausdrücklich nur die Darstellung des Positiven zum Ge-

setze gemacht wird. Aber eben die Art dieser Darstellung des Positiven, wie dürr und unerquicklich ist sie! Der Schüler wird vor ein Fachwerk von Kategorieen geführt, deren Nothwendigkeit ihm nicht begreiflich gemacht, vielmehr mit der Forderung blinden Glaubens ein für allemal vor die Augen gehalten wird. Hierauf wird ein Schiebfach nach dem andern herausgezogen und aus den verschiedensten Urkunden ein praktischer Absud in die Feder diktirt, in Paragraphen eingerahmt und mit Ueberschriften versehen, die wiederum den positiven Stoff im Mindesten nichts angehen. So macht sich denn schwarz auf weiß das System am Ende von selber, und, damit seine langweilige Hohlheit nicht einschläfere, wird es im mündlichen Vortrage mit bunten Witzguirlanden durchzogen, mit Anekdoten, Späßen, wohl auch mit Zweideutigkeiten aufgestutzt; endlich trägt denn der Zuhörer einen guten Tröster für das Examen mit nach Hause, er verwundert sich, wie so lustig doch die als so trocken verschrieene Jurisprudenz sey; aber, was bei alle dem am leersten ausgegangen ist, das ist die Wissenschaft selbst, welche sich auch im Bewußtseyn besserer Zuhörer gegen solche Herabwürdigung auf's Tiefste empört. Denn was hat man davon, bloß zu erfahren, was da ist und wie es zur Anwendung kommen kann? Hier kann ja nur von einer mechanischen Arbeit des Gedächtnisses, nicht aber von der Befriedigung eines geistigen Interesses die Rede seyn. Um ganz von dem speculativen Triebe zu schweigen, der nach der inneren Gliederung des Begriffs fragt, zeigt sich ja sogleich beim ersten Anblick, daß der heutige Rechtszustand ebensowohl ein werdender, als ein gewordener ist, daß man ihn also nicht nur nicht verstehen, sondern nicht einmal richtig auffassen kann, wenn man nicht auch seine geschichtlichen Voraussetzungen kennen lernt, aus denen sowohl das jetzt positiv Gültige, als das, wodurch dieses Gültige zur Weiterentwicklung getrieben werden soll, seinen Ursprung nimmt. Es

zeigt sich, daß der heutige Rechtszustand zugleich ein aus verschiedenen Bildungsmomenten zusammengesetzter ist, daß diese unter dem Gesichtspunkte der modernen Zeit einen andern Charakter erhalten haben müssen, als der ihnen ursprünglich zukommt, daß also die verschiedenen jetzt gültigen positiven Satzungen wiederum nicht begriffen werden können, wenn man sie nicht auf ihrem heimischen Boden entstehen und sich weiter bilden sieht, wenn man nicht erfährt, wie sie sich mit den Erzeugnissen von ihnen fremden Weltanschauungen vermischen und so Glieder eines neuen Ganzen werden konnten. Alle diese Forderungen aber weiß jene Methode nicht zu erfüllen, welche vielmehr geschichtliche Entwicklungen absichtlich als unnützen Kram wegwirft und sich am meisten darauf zu gut thut, daß sie das unmittelbare praktische Bedürfniß befriedige, womit sie denn eben ihre gänzliche Unwissenschaftlichkeit und ihre Handwerks- und Gewerbsqualität selbst eingesteht. — Indem nun die historische Schule vorerst diesem Unwesen steuerte, hat sie sich unläugbar ein großes Verdienst erworben. Sie schärfte wieder ein, daß das Recht nicht in todten Formeln bestehe, die man etwa wie anderen Hausrath nur zum täglichen Gebrauche von Richtern und Advokaten habe, daß es vielmehr eine Manifestation des lebendigen Geistes, daher ein nie Fertiges, sondern ewig Werdendes sey. Hiedurch gab sie der Wissenschaft die schmählich verlorene Würde zurück. Wo nun aber so vieles rückwärts nachzuholen war, ist es unbillig, ihr daraus einen Vorwurf zu machen, daß sie nicht auch bei dem Vorwärts zu Gevatter stehen wollte. Allerdings nämlich überschätzte sie wohl ihre so verdienstliche Thätigkeit in Wiederbelebung der Vergangenheit, und suchte in der Stabilität der Gegenwart eine Anerkennung dafür, so als wäre ihr Geschäft, das sie als wahre Verständigung der Gegenwart über sich selber auffaßte, sonst verlorene Mühe. Freilich war dies eben der tiefe Mangel an ihr, daß

es ihr nicht um den Begriff als solchen zu thun und daher für ihre Vorstellung ein zeitlicher Abschluß möglich war; denn gerade das Gelingen ihrer Bemühungen in Bezug auf die Darstellung werdender Volksrechte war ja der schlagendste Beweis dafür, daß auch die Gegenwart nur als ein Durchgangspunkt für weitere Entwicklungen anzusehen sey. Andererseits aber war es wieder sehr gut, daß Rechtshistoriker nicht im ausgesprochenen Dienste der Spekulation sich an ihr Geschäft machten, sondern in der Region der Vorstellung verblieben, welche ihnen den Zweifel an der absoluten Verdienstlichkeit ihrer Arbeit und den dialectischen Trieb, über deren Mühseligkeit hinauszukommen, ersparte. Denn es ist anzuerkennen, daß Studien dieser Art weitschichtig genug sind, um ganze Menschenleben zu verlangen, daß zur Herbeischaffung des Materials keine höhere Befähigung gehört, ja daß die treibende Kraft der Dialektik in dem Stadium nur hinderlich seyn könnte, wo es darauf ankommt, den realen Stoff für die speculative Kritik erst zusammenzubringen. Wird nämlich gleich hiebei viel Ungehöriges, Manches, was lediglich der zufälligen Erscheinungsweise angehört, zu Markte gebracht, so schadet dies durchaus nichts, und ist vielmehr weit besser, als wenn das Material bereits nach einem vorausgesetzten Zwecke ausgesucht wird. Zwar möchten manche Anhänger der neuen Philosophie sie auch wieder in die Starrheit des Formalismus zurückbringen; aber dies heißt, ihren lebendigsten Keim todtschlagen. Denn ihre wesentliche Vortrefflichkeit besteht eben in dem Geltenlassen der Wirklichkeit, als einer gleichfalls geistigen Manifestation. Alles Leben tritt aber niemals in reiner Vernünftigkeit auf; sondern das Leben ist eben das, daß ein wahrhaft und ewig gültiges Moment durch die endliche Zufälligkeit sich hindurchzuschlagen und in solchem Kampfe seinen göttlichen Ursprung zu bewähren hat. Der Bruch der Erscheinung gehört also wesentlich dazu, mithin im Ge-

biete des Rechts eben jene nationalen, räumlichen und zeitlichen Besonderheiten; denn nur an einem solchen wuchernden und quellenden Leben des objektiven Geistes kann die Spekulation Freude haben, nicht aber an einer schon von vornherein nach ihren Kategorieen zugeschnittenen Anordnung der geschichtlichen Momente. Wenn daher die historische Schule die geschichtlichen Wurzeln des Bestehenden mit der Erde, worin sie lagen, ungesäubert hervorgezogen hat, so hat sie damit dem Geiste, der nunmehr aus der lebendigen Fülle und Mannigfaltigkeit den Faden der Idee herausfinden soll, einen größeren Dienst geleistet, als wenn sie diesem unzeitig in sein Werk gepfuscht hätte. Ihr Amt war es gerade, vom Standpunkte der Vorstellung, der sinnvollen Anschauung und geistreichen Deutung aus das Material für eine Geschichte der Idee selbst in allem möglichen sinnlichen Reichthum, in wucherndster Lebensfülle, Wesentliches und Unwesentliches vermischt, als ein treues Bild der objektiven Wirklichkeit zusammenzubringen. Darum hat sie in ihrer Art ganz Recht gethan, auf die nationalen Aeußerlichkeiten, auf zeitliche und örtliche Bedingungen, auf verwandte Bildungsmomente, Sitte, Religion rc., auf die Totalität jedes individuellen Volksgeistes großes Gewicht zu legen. Was ihren Arbeiten dabei an wissenschaftlichem Werthe abgeht, dafür gibt bei Savigny z. B. ein feiner künstlerischer Sinn reichlichen Ersatz, bei andern thut dies die Gründlichkeit der einzelnen Forschungen, die Mannigfaltigkeit der beigebrachten Thatsachen, oder auch die unmittelbare Versenkung des Individuums in den Stoff, so daß dieser selbst zu uns zu reden scheint. Nur, wie gesagt, muß man nicht eigensinnig auf diesem Standpunkte stehen bleiben wollen. Der Zeitpunkt, um ihn zu überschreiten, scheint aber allerdings bereits gekommen zu seyn. Zwar wollen wir nicht behaupten, daß die Arbeit der historischen Schule schon ganz abgeschlossen sey; im Gegentheil hoffen wir, daß namentlich

in Beziehung auf das Germanische Recht und noch mehr auf die Rechtsbildung im Mittelalter noch Vieles von jenem Gesichtspunkte aus werde geleistet werden. Dessen ungeachtet aber ist nicht zu läugnen, daß die historische Schule sich bereits durch alle ihre Richtungen hindurch in Hauptwerken manifestirt hat, an welche spätere Forschungen nur als an einen festen Stamm sich anzuschließen haben. Eben damit hat sie aber auch den Scepter aus der Hand gelegt, und mindestens als dominirende Richtung sich selbst antiquirt. Denn, wo eine geistige Tendenz sich in fertigen Ganzen herausgestalten kann, da ist immer der Geist selber bereits über sie hinausgeschritten, da dieser nie eine letztgültige Abschließung in eine bestimmte Form zu dulden, sondern nur durch Zerstörung seiner eigenen subjektiven Werke weiter zu leben und zu neuen Werken sich zu kräftigen vermag. In der That hat auch die ideale Behandlung der Rechtsgeschichte bereits an mehreren Orten Wurzeln geschlagen, und, nachdem dies einmal geschehen ist, kann die neue Pflanze in ihrem Wachsthume nicht mehr gehindert werden, so wenig als man einen Strom zum Rückwärtsfließen zwingen kann. Was indessen die neue Richtung leisten könne und werde, das muß die That selbst bewähren. Genug, wenn sie so Lust als Kraft in sich spürt, sich in lebendiger Wirkung durchzusetzen. Daß sie mit Mißverständnissen kämpfen muß, versteht sich; denn sie ist aus dem Geiste geboren, also revolutionirend und darum von denen übel angesehen, die sich in der Wissenschaft als in einer Domäne ansäßig gemacht haben. Allein, statt ihr zu schaden, wird ihr vielmehr der Widerstand nur größeren Schwung geben.

Zu solcher neuen Behandlung nun, wenn auch mit geringen Kräften, am Criminalrechte einen Versuch zu machen, war mein Vorsatz. Doch fand ich bald, daß es besser seyn werde, eine bestimmte Materie aus dem Ganzen herauszugreifen, weil gerade bei

einer solchen Arbeit der Stoff, je bestimmter er ist, um so mehr auch das Charakteristische der Behandlung an sich hervortreten läßt, und eben sowohl zu Entwicklung der allgemeinen Grundsätze Raum, als für ihre unmittelbare Anwendung auf das Besondere eine nächste Probe gibt. Aus mehreren Gründen ersah ich mir hiezu die Lehre von der Tödtung, von der wir ohnedies eine Monographie noch zu erwarten haben. Allein auch hier hielt ich noch eine weitere Beschränkung für angemessen. Denn das Versprechen einer Monographie über diese Materie im Ganzen würde mich genöthigt haben, auf eine Menge von Fragen einzugehen, die meinem Hauptzwecke fremd und von andern Standpunkten aus zu beantworten sind. Es kam mir vielmehr nur darauf an, den idealen Kern der Lehre herauszunehmen und in seine geschichtlichen Momente auseinanderzulegen, also den Begriff des Verbrechens und seine Hauptunterschiede. Da nun als diese sogar im Sprachgebrauche des gemeinen Lebens Mord und Todtschlag gelten, so glaubte ich unbedenklich der Abhandlung diesen Titel vorsetzen zu dürfen, ohne mir dadurch das Recht abzuschneiden, auch von anderen Modifikationen des Begriffs zu reden.

Was nun den Plan dieser Abhandlung betrifft, so ist er einfach der: In der ersten Abtheilung sind die Ideen des Römischen Rechts entwickelt; die zweite wird es mit denen des Germanischen Rechts zu thun haben; in der dritten sodann gedenke ich das System der Carolina darzustellen, und hieran die weitere, sowohl geschichtliche, als dogmengeschichtliche Entwicklung bis auf die neueste Zeit und ihre legislativen Erscheinungen anzuknüpfen.

Um Nachsicht im Ganzen zu bitten, halte ich, wenn man eine fertige Arbeit ins Publikum schickt, und namentlich eine Arbeit von entschiedener Richtung, für eben so unwürdig als lächerlich. Im Gegentheil, wenn ich gefehlt habe, soll mir die schärfste Kritik die willkommenste seyn. Denn auch der Irrthum des Subjekts wird

zum Nutzen für die Wissenschaft; und, was außer diesem gesucht wird, ist allemal vom Uebel. Ich kann nur die einfache Versicherung geben, daß ich im Dienste der Wissenschaft zu schreiben glaube; vermag ich es nun nicht, meiner Arbeit Gönner zu erwecken, so liegt der Fehler nicht an der Richtung, sondern an mir; und, was ich daher wünsche, ist nur, daß der Autor nicht mit der Sache amalgamirt werden möge. Allerdings aber verschmähe ich es in Beziehung auf einzelne Punkte nicht, mehr das Billigkeits- als das Gerechtigkeitsgefühl der Richter in Anspruch zu nehmen. Namentlich mag manche Ausführung zu lang erscheinen, weil ich mich vielleicht mit zu vielen Gründen rechtfertigen zu müssen glaubte. Ueberall ja, wo es sich darum handelt, neue Ideen auszusäen, steht die schriftliche Ausführung vor dem mündlichen Vortrage weit zurück, da eben das als fertig gegeben werden muß, wovon Aug in Auge die Genesis dargestellt werden kann. Wer je mündlich vorgetragen hat, der braucht hierüber keine weitere Ausführung und weiß, daß das geschriebene Wort dem lebendigen gegenüber nur als ein Nothbehelf betrachtet werden kann. Und freilich, der Werth des letzteren steigt immer mehr, je seltener es wird. Denn, anstatt daß die öffentlichen Lehrer das täglich wachsende Uebergewicht der gedruckten Literatur einsehen und eben nur das zu geben sich bestreben sollten, was dieser fehlt, nämlich die lebendig unmittelbare Anregung furchtbarer Gedanken, wetteifert vielmehr die Mehrzahl mit der Literatur, die ihre Existenz zu vernichten droht. Obgleich nämlich zum Studium der Wissenschaft im gemeinen Sinne der Aufenthalt auf Universitäten eigentlich gar nicht mehr nöthig ist, beschränken sich dennoch Viele darauf, ihr Pensum in der Breite vorzutragen, ebenso wie es längst gedruckt zu lesen ist und wie es nur unerfahrenen Leuten imponiren kann. Nur Wenige verstehen es, die gedruckte Literatur als bedingendes Moment für ihren Vortrag vorauszusetzen und,

statt in die Breite, in die Tiefe der Sache einzugehen, wodurch allein ein wahrhaft geistiges Leben in die Zuhörer kommt. Wie übel in dieser Hinsicht namentlich der Proceß bedacht sey, ist Jedem klar, der nachher in der Praxis sich genöthigt sah, das auf der Universität erhaltene Bild mit einem völlig neuen zu vertauschen. Kaum etwas weniger schlimm verhält es sich aber mit dem Criminalrechte, wo man vor bewegenden Ideen aus mancherlei Ursachen eine besondere Furcht hat. Wo übrigens solche Gefangenschaft in der vorhandenen Literatur überhand nimmt, da ist es um den wahren Nutzen der Universitäten gethan. Um so mehr muß denn der Schriftsteller von seiner Seite mit der lebendigen Eindringlichkeit der Rede zu wetteifern suchen und gerade das vermeiden, was der Kathedervortrag so oft thörichter Weise von ihm borgt.

Hiemit möge denn dies Buch in die Welt gehen und sich durch sich selbst Freunde zu erwerben wissen.

Stuttgart, den 8. Juli 1838.

Der Verfasser.

# Erstes Kapitel.

## Einleitung.

Es wird von den Neueren und von der Praxis unbedingt angenommen, daß die Carolina unter dem Namen des Todtschlags den Begriff eines besondern Verbrechens, näher einer bestimmten Unterart der dolosen Tödtung, aufgestellt habe. So geschieht dies z. B. von Feuerbach, wenn er die Tödtung im Allgemeinen als rechtswidrige Handlung, welche die zureichende Ursache des erfolgten Todes eines Menschen ist, definirt, diesem Gattungsbegriffe die des Mordes und Todtschlags subordinirt, und beiden das Prädicat der Vorsätzlichkeit als gemeinsames Kriterium beilegt.[1] Ebenso definirt Martin das vollendete öffentliche Verbrechen der Menschentödtung als die imputable und widerrechtliche Lebensberaubung eines vom Staate geschützten andern Menschen, als des Thäters selbst, theilt sie in die culpose und vorsätzliche, und letztere wieder in Todtschlag und Mord, je nachdem lediglich affektvoller Vorsatz oder aber Prämeditation dem einzelnen Verbrecher dabei zur Last fällt.[2] — Dasselbe meint auch Tittmann, wenn er von Todtschlag im Allgemeinen spricht und diesen in einfachen und qualificirten abtheilt, unter letzterem den Mord verstehend; denn er bestimmt den einfachen Todtschlag als

1) Feuerbach, Lehrbuch §. 206—243.
2) Martin, Lehrbuch §. 112. ff.

die in der Hitze der Leidenschaft beschlossene und verübte Tödtung.[3] — Aehnliche Gedanken finden sich fast bei allen neueren Schriftstellern, s. z. B. Roßhirt,[4] Salchow,[5] Wächter,[6] M. A. Egger,[7] Abegg[8] u. A. — E. Henke zwar erklärt sich gegen die Abtheilung in Mord und Todtschlag als ein sklavisches Anschmiegen an die Satzungen des römischen Rechts und der Carolina, und meint, bei den durch die verschiedenen Modificationen des Dolus begründeten mannigfaltigen Abstufungen in der Strafbarkeit der Tödtung sey es unzweckmäßig, für einige derselben besondere Bezeichnungen zu bilden, indem alsdann die nicht auf diese Weise bezeichneten leichter übersehen werden: namentlich da die Begriffe noch dazu sehr schwankend seyen, was sich besonders bei Mord und Todtschlag zeige. Indeß behält doch auch dieser Gelehrte im System die gewöhnliche Abtheilung bei, bezeichnet den Todtschlag als dolose, im Affekte begangene Tödtung und erklärt, daß diese Begriffsbestimmung mit der von der P. G. O. gegebenen vollkommen übereinstimme; wobei er aber noch bemerkt, daß die Carolina in ihrer Bezeichnung des Todtschlags nur beispielsweise rede.[9] Jedenfalls darf wohl als **communis opinio doctorum** in heutiger Zeit die Ansicht aufgestellt werden, daß der Todtschlag und der Mord als dolose Tödtungen sich wesentlich unterscheiden, und daß weiter das Charakteristische des Todtschlags in dem Begriffe des Affekts liege, daher die Bezeichnung der Carolina: Gechheyt und Zorn

---

3) Tittmann, Handbuch Bd. I. §. 156.
4) Lehrb. §. 151.
5) Lehrb. v. Verbr. und Strafen Thl. II. §. 238 ff.
6) Handbuch des Crim.-Rechts Bd. II. §. 164. 165.
7) Ueber Mord und Todtschlag. Landshut 1816.
8) System des Crim.-Rechts §. 175 ff.
9) Handbuch des Crim.-Rechts u. der Crim.-Politik Bd. II. §. 98. 99. Vgl. E. Henke Geschichte des peinl. Rechts Bd. II. S. 92. ff.

allgemeiner für aufwallende Gemüthsbewegung, Affekt rc. überhaupt zu nehmen sey.

Indeß wurde schon von Aelteren auf das Verhältniß des von der Carolina angenommenen Sprachgebrauchs mit dem des älteren deutschen Rechts aufmerksam gemacht, so z. B. von S. F. v. Böhmer u. A. [10] Auch Henke in der Geschichte des peinlichen Rechts, und Egger in der o. a. Schrift gaben derartige Hinweisungen. Gleicherweise finden sich auch in mehreren der gangbaren Hand- und Lehrbücher Andeutungen in dieser Beziehung; ohne daß jedoch die zerstreuten Stellen aus älteren Rechtsquellen übersichtlich geordnet und irgend bedeutende Resultate daraus gezogen würden. Erst in der neueren Zeit haben vorzüglich drei Gelehrte an dem bisher gangbaren Sprachgebrauch, obwohl in verschiedener Beziehung, gerüttelt.

C. G. v. Wächter, welcher auch zuerst eine kurze dogmengeschichtliche Uebersicht über unsere Lehre gab, stellte die Behauptung auf, daß die Carolina unter Todtschlag nicht nur jede dolose Tödtung, bei welcher die besonnene Ueberlegung fehlte, sondern auch jede culpose Tödtung verstehe. Ja, selbst Tödtungen, bei welchen die Zurechenbarkeit zur Schuld ganz fehle, nenne sie Todtschläge. — Er stützt diese Ansicht 1) auf die Rubrik vor Art. 138: „Von unläugbaren Todtschlägen, so entschuldigung der straff auff jnen tragen." Denn diese Rubrik beziehe sich auf die Artikel 138—148, indem die Rubrik der folgenden Artikel sey: „Erstlich von rechter notwehr." (Art. 139—145) und dann die Rubrik des Art. 146 komme: „Von ungeverlicher entleibung, die wider eynes thätters willen geschicht, ausserhalb eyner notwehr," und diese Artikel sprechen gerade von casuellen und culposen Tödtungen. 2) Auf die Worte „Todtschläger" in Art. 142. und „Todtschlag" in Art. 143.

---

10) Meditt. ad CCC. ad art. 137. §. 10. cf. Walch Glossar, v. Mörder.

3) Auf die Worte des Art. 137: „Todtschlag, der auch sunst gemelte (nachgemelte Bambg.) entschuldigung nit hat," wodurch also die in den folgenden Artikeln ganz oder theilweise entschuldigten Tödtungen Todtschläge genannt werden, und endlich 4) darauf, daß im Art. 137 im Projekt der P. G.-O. v. J. 1529 stand: „Todtschlag unfürsetzlich oder aus Gechheyt und Zorn," was immer ein Beweis für den Sprachgebrauch jener Zeit sey. Denn, daß bei der Redaction der Carolina das Wort: „unfürsetzlich" weggestrichen wurde, beweise nur, daß man in Beziehung auf Strafe die culposen Todtschläge nicht den dolosen aus Affekt habe gleichsetzen wollen.[11] — Um dieselbe Zeit stellte

Jarke eine neue Ansicht über den Todtschlag auf, indem er behauptete, derselbe sey nicht mit dem Morde unter dem Gattungsbegriffe: dolose Tödtung, zu coordiniren, sondern ihm sey als einem ganz eigenthümlichen Verbrechen eine selbständige Stellung zwischen der dolosen und culposen Tödtung anzuweisen.[12] Er führt nemlich an, daß im älteren deutschen Rechte des rein objectiven Gesichtpunkts wegen der so subjective Unterschied zwischen Mord und Todtschlag nicht habe gemacht werden können, dies vielmehr erst möglich geworden sey, nachdem ein ethisches Moment im Gefolge des Christenthums in das deutsche Strafwesen eingedrungen sey, und an Bestimmungen des Canonischen und des recipirten Römischen Rechtes sich weiter entwickelt habe. Nun erst sey ein Begriff des Mordes aufgestellt worden, dessen Charakteristisches in dem Verbergen oder Vernichten des Leichnams, später in dem Verschweigen oder Läugnen der That, überhaupt in einer gewissen Tücke bestanden habe. Allmählig sey dann dieser Begriff über die alte Gränze mehr und mehr ausgedehnt, und zuletzt als

---

11) Lehrbuch Bd. II. §. 164. not. 30.

12) J. E. Hitzigs Zeitschr. f. d. Crim.-Rechtspflege in den preuß. Staaten. Heft VII. S. 129 ff.

prämeditirte Tödtung fixirt worden. Zwischen dieser und der unvorsichtigen Tödtung, bei welcher eine feindliche Willensrichtung gegen den Getödteten überhaupt ausgeschlossen sey, liegen die Fälle mitten inne, wo ein Mensch in der Hitze der Leidenschaft (Jähzorn, — Gechheyt und Zorn), aber ohne daß sich seine feindliche Richtung zu einem bestimmten Vorsatz herausgebildet hatte, im kurzen Wahnsinn und gleichsam als ein Werkzeug seiner eigenen Leidenschaft einen Schlag gegen den Andern führe, der dessen Tod zur Folge habe. Diese Fälle machen nun eben das Wesen des Todtschlags aus; zu dessen Thatbestand nicht Entschluß und Vorsatz gefordert werden dürfe. Indem nun zugleich die Bezeichnungen **dolus eventualis, alternativus, generalis, indeterminatus, culpa dolo determinata etc.** abgewiesen werden, stellt Jarke folgende Skala der Tödtungen auf:

1) Der qualificirte Mord.
2) Der Mord.
3) Der Todtschlag.
4) Die entschuldbaren Todtschläge.
5) Die unvorsichtige Tödtung.
6) Die zufällige Tödtung.

Zugleich erklärt er sich ausdrücklich gegen eine unmittelbare oder mittelbare Hereinziehung des Römischen Rechts in die Lehre vom Todtschlage, indem dieses Recht zwar den allgemeinen Milderungsgrund des Affekts anerkenne, die hierher gehörenden Stellen aber durchaus nicht zur Interpretation der Carolina verwandt werden dürfen, nach welcher der Todtschlag ganz andere Fälle, als die in den Römischen Fragmenten aufgeführten in sich fasse. Denn alle in diesen berührten Fälle (besonders die Tödtung der im Ehebruch ertappten Ehefrau und des Ehebrechers) seyen vielmehr mit dem **Meurtre excusable** des Französischen Rechts zu vergleichen. — Diese Ansichten nun sind wiederholt und weiter ausgeführt in einer spätern Schrift desselben

Verfassers,[13] wo er übrigens folgende, noch mehr besonderte Reihe von Tödtungen aufstellt:

1) Mord und dessen Gattungen.
2) Diejenige Art der Tödtung im Duelle, wo das letztere in einer Weise vollzogen wurde, daß der Tod eben so leicht, als ein anderer Effekt, daraus entstehen konnte.
3) Todtschlag.
4) Entschuldbarer (d. h. wegen besonderer Umstände milder zu bestrafender) Todtschlag.
5) Todtschlag im Raufhandel.
6) Tödtung wider Willen, jedoch kraft einer feindseligen Handlung.
7) Tödtung aus reiner Fahrläßigkeit, ohne feindselige Gemüthsstimmung.

Zum Theil gegen die Ansichten der beiden Genannten hat sich nun erklärt

Birnbaum.[14] Nach einer vorläufigen Vergleichung mit den Grundsätzen des französischen Rechts geht er davon aus, daß sich nach dem System der Carolina kein generelles Verbrechen der Tödtung als allgemeine Verbrechensgattung aufstellen lasse; denn hiezu berechtige weder der betreffende Titel des Gesetzes, da unter diesem auch die ganz straflosen Tödtungen enthalten seyen, noch das von der Carolina gebrauchte Wort: Tödtung, indem es ebenso wie das Wort: Entleibung ebensowohl von allen bösen, als von allen entschuldbaren und straflosen Lebensberaubungen gebraucht werde, von denen sowohl, die mit Arglist und Willen, als von denen, die ungefährlich und wider Willen, nach der Terminologie des Gesetzes, geschehen, so daß das Wort: Tödtung in keiner Hinsicht als ein technisches nach der Absicht des Gesetzgebers angesehen werden könne. Er macht nun ferner darauf aufmerksam, daß die Carolina eine Haupt-

13) Jarke Handbuch d. Strafrechts Bd. III. §. 36 ff.

14) Im N. Archiv des Crim.-Rechts Bd. XIII. S. 88 – 119. 249–280. 416–442. Bd. XIV. S. 492–546.

abtheilung mache zwischen gefährlichen (williglichen) und ungefährlichen Tödtungen, daß der Begriff Todtschlag nur in der ersten Sphäre vorkomme und jedenfalls immer das Prädikat des Willens, wenn auch unter verschiedenen Modificationen, an sich trage. Bei den williglichen Tödtungen unterscheide ferner die Carolina wesentlich zwischen böslich geschehenen Tödtungen und andern. Zu den ersteren gehöre der Mord und die strafbaren (nicht entschuldbaren, nicht rechtmäßigen) Todtschläge; zu den letzteren die entschuldbaren oder rechtmäßigen; und zwischen beiden stehen als eine Mittelclasse gewissermaßen die halbentschuldbaren. Die nicht entschuldbaren unterscheiden sich von den entschuldbaren durch das Requisit des bösen Willens (Arglist, übler Muth); der Mord zeichne sich noch besonders durch das Prädicat der Vorsetzlichkeit aus. Zu den williglichen, böslich geschehenen Tödtungen gehören also der Mord (vorsätzlich) und die Todtschläge (Gechheyt) der Art. 137 und 148; zu den williglichen, nicht böslich geschehenen, die Fälle der Art. 139, 142, 145, nämlich 1) der Fall nicht hinreichend begründeter oder überschrittener Nothwehr (halbentschuldbar). 2) Entleibung eines Unschuldigen in rechter Nothwehr, da man den Nöthiger zu treffen meint (entschuldbar). 3) Der Fall der rechten Nothwehr (entschuldbar); so zwar, daß der Fall 1. in das Gebiet der böslich geschehenen Tödtungen hinüber streifen könne. — Daher erklärt sich denn Birnbaum gegen Wächter und behauptet, daß Todtschlag ein bestimmt abgegrenzter Begriff für willigliche Tödtungen sey, während Tödtung ein nicht technisches Wort sey. Den williglichen, (absichtlichen) Tödtungen; — oder dem Morde und Todtschlage nun gegenüber, stellt er die unabsichtlichen (ungefährlichen). Ungefährlich bezeichne ebensowohl den reinen Zufall, als auch an andern Arten die Fahrläßigkeit. Im ersten Falle stehe dann die Verstärkung dabei: von ungeschichten und ganz ungeverlicher Weise; und solche Entleibungen werden für ganz straflos erklärt. Dagegen habe

auch die Fahrläßigkeit ihre Grade; Geilheit nämlich und Unfürsichtigkeit seyen als solche verschiedenen Stufen zu betrachten, zwischen die als Mittelgrad noch die fahrläßige Handlung nach vorausgegangener Warnung durch die Obrigkeit eingeschoben werden könne. Diese drei Fälle nun seyen, wie das Gesetz sage, nicht genug entschuldigt; aber doch unterscheiden sie sich grundwesentlich von jenen Tödtungen, die durch die Carolina als willigliche bezeichnet werden. Bei einer Vergleichung mit dem Schottischen Rechte wird die Bemerkung noch gemacht, daß unter den Begriff der Tödtung aus Geilheit, wiewohl als strafwürdiger, auch der Fall der Feuerbachischen **culpa dolo determinata** gehört. So stellt sich denn am Ende etwa folgendes Schema heraus:

**I.** Willigliche Tödtungen.

**A.** Mit bösem Willen (Arglist, üblen Muth).

1) Fürsätzlich (Mord).
2) Todtschlag aus Jächheit, der nit rechtmäßige Entschuldigung hat. Art. 137, 148.

**B.** Ohne Arglist — unläugbare Todtschläge, die Entschuldigung der Straff auf jnen tragen.

1) Ueberschrittene Nothwehr (Mittelclasse), es kann bürgerliche und peinliche Strafe eintreten.

(Randvermerk zu I. A. 1 bis I. B. 1: böslich geschehene Tödtungen.)

2) Todtschlag eines Unschuldigen in rechter Nothwehr (keine peinliche Strafe). Art. 145.
3) Eigentlicher Todtschlag in rechter Nothwehr (weder peinliche, noch bürgerliche Strafe). Art. 139.

**II.** Ungeverliche Entleibungen.

**A.** Fahrläßige Tödtungen.

1) Aus **culpa dolo determinata** } Geilheit.
2) Aus Geylheit }
3) Aus Unfürsichtigkeit nach vorausgegangener obrigkeitlicher Warnung.
4) Aus Unfürsichtigkeit.

**B.** Zufällige Tödtung.

Es wird nun angedeutet, daß sich das System der Carolina ganz an das Römische Recht anschließe. Wenn nämlich diejenigen Arten von Tödtung, welche keine Verbrechen seyen, abgesondert werden, so stimmen die übrigen auf's Genaueste mit den vier Klassen von Tödtungen zusammen, welche die Römer mit den vier Worten: proposito, impetu, per lasciviam, per ignorantiam bezeichnen. Die Carolina habe daher ihre Begriffe von Mord, Todtschlag, Entleibung aus Geylheit und Entleibung aus Unfürsichtigkeit abgeleitet, und einige dieser Benennungen enthalten wieder verschiedene Fälle unter sich, wie dagegen auch der Römer von den vier obengenannten Begriffen je zwei und zwei wieder unter der Benennung consulto und casu zusammengefaßt habe. — Weiter erklärt sich nun der Verfasser gegen Martin, wenn dieser sagt, das einheimische Recht sey bei der Bestimmung der Strafbarkeit der Tödtung bloß vom objektiven, das Römische dagegen von dem gerade entgegengesetzten subjectiven Gesichtspunkte ausgegangen; die culpose Entleibung sey die am gelindesten mit öffentlichen Strafen bedrohte Gattung von homicidium (während doch Martin die Römischen Privatstrafen im Allgemeinen für noch anwendbar in Deutschland halte); und der Begriff des Verbrechens sey nach gemeinem Rechte in Uebereinstimmung der Carolina mit dem Römischen Rechte nur auf Vergehungen zu beschränken, die mit öffentlicher Strafe bedroht seyen. — Im Gegentheil erinnert Birnbaum, daß zwar die lex Cornelia nebst den sie erweiternden Senatsconsulten, so wie die Rechtsquellen, wodurch eine extraordinaria animadversio begründet wurde, allerdings von dem rein subjektiven, dagegen die Römischen Strafgrundsätze, sofern sie in der lex Aquilia oder dem Prätorischen und Aedilen-Edicte gegründet seyen, von dem rein objectiven Gesichtspunkte ausgehen; daß daher namentlich der letzte Satz Martins bestritten, daß vielmehr die Begriffe der Römer von öffentlicher und Privatstrafe mit

dem ursprünglich römischen Unterschiede von **civiliter** und **criminaliter agere** in Zusammenhang gebracht werden müssen, und daß demnach anzunehmen sey, die Carolina habe nicht nur mehrere Römische Grundsätze von peinlicher oder crimineller Bestrafung einiger Arten des Verbrechens der Tödtung (nachdem sie besonders in Ländern Fränkischen Rechts schon lange vorher durch die Praxis eingeführt worden), sondern auch römische Grundsätze von der civilen oder bürgerlichen Bestrafung einzelner Arten der Tödtung ausdrücklich bestätigt: — um so mehr, da diese Grundsätze fast ganz analog denjenigen seyen, auf welchen in ältesten Zeiten das ganze germanische System von der Bestrafung der Tödtung beruht habe, und da schon lange vor und noch zur Zeit der Carolina selbst nicht nur in fränkischen, sondern selbst in friesischen Ländern die Bestrafung der Tödtung, die allein auf rein germanischem Systeme beruht, d. h. allein noch nach dem germanischen Wehrgeldsystem stattgefunden habe, als eine bürgerliche Bestrafung angesehen, ja sogar allgemein mit diesem Worte bezeichnet worden sey, nach Analogie des Römischen Rechtes. Aus denselben Gründen wird nun ferner gegen Jarke's oben vorgetragene Ansicht polemisirt. Es wird ihm entgegengehalten, daß auch das Römische Recht den objectiven Maaßstab angewendet habe, daß es inconsequent sey nach seiner Ansicht über das reingermanische System, einerseits anzunehmen, daß die gänzliche Umänderung der Lehre von der Tödtung dem Einflusse des Mosaischen und Römischen Rechts zuzuschreiben sey, und anderer Seits denn doch wieder zu behaupten, die deutsche gemeinrechtliche Lehre von der Tödtung bilde ein selbstständiges System, wie es bereits in der Carolina vorliege, und die Lehre von dem Todtschlage insbesondere könne nur aus dem deutschen Rechte abgeleitet werden, und sey im Systeme der Carolina weder dem entschieden dolosen Morde, noch viel weniger den culposen Arten der Tödtung beizuzählen. Vielmehr, behauptet Birnbaum, weder

Thatbestand und Begriff der einzelnen Arten der Tödtung, welche die Carolina bestrafe, noch der Hauptunterschied der Tödtungen selbst, wie er in diesem Gesetze vorliege, sey aus eigenthümlich deutschen Rechtsgrundsätzen, sondern im Gegentheil aus dem Römischen Rechte hergenommen. Es sey wohl überhaupt inconsequent, den Unterschied zwischen Mord und Todtschlag, der sich doch meistens auf die verschiedene Art der Willensstimmung beziehe, als dem Germanischen Rechte angehörend darzustellen, während dies doch von aller Rücksicht auf die Willensstimmung abstrahirt haben solle. Die Benennungen: Mord und Todtschlag kenne zwar das Römische Recht nicht (wiewohl in seiner Unterscheidung von **sicarii** und **homicidae** etwas Aehnliches liege); aber, sobald einmal, was in Ländern Fränkischen Rechts und in allen, wo Römisches Recht größeren Einfluß gehabt, lange vor der Carolina geschehen sey, als Mord die überlegte Tödtung überhaupt von den übrigen Arten der Tödtung, die man alle unter dem allgemeinen Namen: Todtschlag bis zur Carolina begriffen habe, unterschieden worden sey, sey ja gerade das Germanische Recht von seiner eigenthümlichen Ansicht abgewichen und habe eine römische Strafansicht, nämlich die Art der Willensbestimmung, zur Bestimmung der höheren Strafe angenommen. Ohne Zweifel habe auch selbst zur Aenderung dieses Begriffs das römische Recht die Veranlassung gegeben, ja sogar die strengere Bestrafung des Mordes in seinem ursprünglichen Begriffe sey höchst wahrscheinlich dem Einflusse des römischen Rechts zuzuschreiben. Mit den Bemühungen des ewigen Landfriedens und Vertilgung des Faustrechts habe es zusammengehangen, daß man allmählig jede Tödtung mit Vorbedacht dem Morde gleichzustellen versucht habe, und so habe das Wort: Mord einen nicht sowohl veränderten, als vielmehr erweiterten Begriff erhalten, den wir erst in der Carolina und ihren unmittelbaren Quellen mit Bestimmtheit finden. Lange Zeit sey in Deutschland der

Mord allein ein peinliches, mit einer peinlichen Strafe bedrohtes Verbrechen gewesen; wo bloß Wehrgeld oder Geldbuße an den Richter vorgekommen sey, da sey, nach ältern Deutschen Ansichten, denen auch die Carolina sich angeschlossen habe, der Begriff einer bloß bürgerlichen Missethat eingetreten. Nach und nach aber sey bei absichtlichen Tödtungen das Lösen des Halses erschwert worden; und eben das Bestreben, außer dem Morde noch jede andere absichtliche Tödtung von einer bloß bürgerlichen Missethat zu einer peinlichen zu machen, sey wieder durch Einfluß des Römischen Rechtes, und zwar aus der darin ausgesprochenen Maxime entstanden, gegen Delicte, die früher bloß vor das **judicium privatum** gehörten, die Wahl zu lassen, ob man **civiliter et pecuniarie** oder **extra ordinem criminaliter** klagen wolle. Bedenke man nun, daß die Verbreiter des Römischen Rechts es sich haben angelegen seyn lassen, nach und nach jede absichtliche Tödtung unter den Begriff des Mordes zu ziehen, so sey nicht zu bezweifeln, daß Carls **V.** bestimmte und unbedingte Drohung peinlicher Strafen gegen jede absichtliche Tödtung, wovon vor ihm wohl kein Beispiel sich finde, ebenfalls dem Einfluß des Römischen Rechts zuzuschreiben sey. Der Gesetzgeber habe übrigens nicht gewollt, daß alle absichtlichen Tödtungen gleich gestraft würden, und es sey wohl gewiß, daß die deßhalb zwischen Mord und Todtschlag von ihm gemachte Unterscheidung nicht minder aus dem Einflusse römischer Rechtsansichten entstanden sey, obgleich der Gebrauch des Wortes: Todtschlag in seiner Beschränkung auf die nach römischen Begriffen gesetzlich ausgezeichnete Tödtung aus Jähheit und Zorn lediglich einer, übrigens durch gute psychologische Gründe geleiteten, legislativen Willkühr zugeschrieben werden dürfen. Uebrigens verdiene bemerkt zu werden, daß, wenn gleich die peinliche Bestrafung jeder absichtlich begangenen Tödtung durch Einfluß des Römischen Rechts nach und nach bewirkt worden sey, dennoch die

Todesstrafe selbst für die aus Jähheit begangene Tödtung mehr dem Einflusse des mosaischen Rechtes beizumessen sey. Ja, die Carolina sey sogar noch weiter gegangen, indem sie, gleichfalls mit Verweisung auf Römisches Recht, auch die aus Geilheit und Unvorsichtigkeit begangenen Tödtungen zu peinlichen Verbrechen gemacht habe, jedoch nur in so weit, als sie schon nach Römischem Rechte **criminaliter** verfolgt werden konnten. Da nun aber dies nach Römischem Rechte keineswegs bei allen culposen Tödtungen der Fall gewesen sey, und die Praxis zur Zeit Carls **V.** dergleichen Handlungen allgemein noch dem Wehrgelde gegen den Verletzten sowohl, als einer Geldbuße gegen die Obrigkeit unterworfen, und hiedurch die That in beiden Beziehungen eine bürgerliche Missethat geheißen habe (nach Analogie der römischen **actio civilis**, die auch entweder **privata** oder **popularis** seyn konnte), so gehe hieraus als nothwendige Schlußfolge hervor, daß nach Carls **V.** Absicht gewisse Arten der culposen Tödtungen nur **civiliter** und **pecuniarie,** aber bei der nicht leicht mehr anwendbaren **poena legis Aquiliae** oder anderer römischer Geldstrafen, bürgerlich im Sinne des alten bis zu Carls **V.** Zeit practisch gebliebenen Buß- und Wehrgeldsystems gestraft werden sollen.

Auf die nähere Ausführung der Behauptung, daß die Unterscheidung zwischen Mord und Todtschlag im Römischen Rechte vorgebildet gewesen sey, werde ich weiter unten zurückkommen. Es ist hier nur noch an den Zusammenhang der vorgetragenen Ansicht mit einer andern von Birnbaum aufgestellten [15] Behauptung zu erinnern; der nämlich, daß weit weniger in friesischen, sächsischen und bairischen Ländern, als in Franken (namentlich den dem Rothweilischen Gerichtszwange unterworfenen Gegenden) und den niederländischen Provinzen eine Anknüpfung an die Ansichten der Carolina zu suchen sey. Auch hier stellt sich Birnbaum wiederum gegen

15) N. Archiv des Crim.-Rechts Bd. **XII.** S. 390 ff.

Jarke, welcher Vieles aus dem Ostfriesischen Landrechte abzuleiten geneigt ist. In den angeführten Gegenden sollen nun namentlich auch von früher Zeit an Römische Rechtsgrundsätze sich geltend gemacht haben, und auf diese Weise das romanisirende Element der Carolina historisch vermittelt werden. Eine Ansicht, gegen welche wiederum Wächter sich erklärt hat.[16]

Es ist klar, daß die hier referirten Ansichten auf ganz verschiedene Consequenzen führen müssen, und unsre Lehre hiernach eine ganz verschiedene Gestaltung zu erhalten habe, je nachdem die eine oder die andere derselben angenommen wird. Weniger practischen Einfluß hat nun allerdings Wächters Ansicht; und mit Unrecht wird ihm von einem Recensenten[17] entgegengehalten, da Art. 137 der P. G. O. jeden Todtschlag mit dem Schwerte gestraft haben wolle, so müßte man ihm zufolge annehmen, daß auch eine culpose Tödtung Schwertstrafe leiden solle; dagegen aber spreche die innere Unwahrscheinlichkeit, daß der verständige Schwarzenberg höchst verschiedenartige Fälle habe durcheinander werfen wollen; ferner begreife man dann den Art. 146 der P. G. O. nicht, welcher ex professo von culposen Tödtungen spreche; auch werde man kein Beispiel nachweisen können, daß im 16ten Jahrhundert der culpose Todtschläger mit dem Schwerte bestraft worden sey. Offenbar ist hier Wächter mißverstanden worden, welcher ja ausdrücklich sagt, daß in Beziehung auf Bestrafung die Carolina die culposen Todtschläge nicht den dolosen aus Affekt habe gleichstellen wollen.[18] Dagegen ist allerdings Wächters Ansicht theoretisch von Wichtigkeit, sofern sie eine eigenthümliche Behauptung über den Sprachgebrauch des Mittelalters involvirt, wie denn ja Wächter sowohl in dieser,

16) N. Archiv des Crim.-Rechts. Neue Folge. Jahrg. 1834. S. 82. ff. cf. ebend. Jahrg. 1835. S. 122 ff.

17) N. Archiv des Crim.Rechts Bd. IX. S. 693.

18) Lehrbuch a. a. O.

als in andern Stellen ausdrücklich darauf hinweist, daß die Carolina dem Sprachgebrauche ihrer Zeit gefolgt sey. Er spricht sich nun freilich nicht darüber aus, ob er das Wort: Todtschlag in der Bedeutung, die er demselben gibt, als einen technischen Begriff, oder ob er es nur als eine allgegemeine Bezeichnung, wie Entleibung rc., angesehen wissen wolle. In letzterem Falle würde die Sache auf einen bloßen Wortstreit hinauslaufen, während im ersteren doch wohl manches gegründete Bedenken zu erheben wäre.

Von wesentlicherem Einflusse dagegen auf die ganze Lehre sind die beiden anderen oben vorgetragenen Ansichten, welche einander großentheils schroff gegenüber treten. Während z. B. Jarke zwar dem Römischen Rechte einige Einwirkung auf die Entwicklung des deutschen Strafrechts zugesteht, vom Todtschlage aber denn doch behauptet, daß die Quelle desselben lediglich in Germanischen Rechtsbegriffen zu suchen sey, glaubt Birnbaum den Unterschied zwischen Mord und Todtschlag im Römischen Rechte vorgebildet zu sehen, und einen unmittelbaren Uebergang desselben von den römischen in die deutschen Quellen zu erkennen. Während Jarke fest darauf fußt, daß das Deutsche Recht rein von dem objektiven, das Römische rein von dem subjectiven Gesichtspunkte ausgehe, will Birnbaum gerade diese nach und nach hergebrachte Unterscheidung, wenigstens bei dem Verbrechen der Tödtung, nicht gelten lassen. Wenn ferner jener zur Erklärung der P. G. O. Friesisches und Sächsisches Recht herbeizieht, so will dieser nur eine nähere Verbindung des Systems der P. G. O. mit dem Rechte der Fränkischen Länder und der niederländischen Provinzen anerkennen. Während endlich, anderer Verschiedenheiten nicht zu gedenken, Jarke dem Todtschlage eine Mittelstufe zwischen Mord und culposer Tödtung anweist, und namentlich, mit Anschließung an das Preußische Landrecht, Fälle der Tödtung aus **culpa dolo determinata** darunter zu subsumiren scheint, schließt sich in diesem Punkte Birnbaum

der gewöhnlichen Meinung an, welche Mord und Todtschlag unter dem Gattungsbegriffe der dolosen Tödtung coordinirt.

Was in diesen verschiedenen Meinungen haltbar oder unhaltbar sey, und auf welche Grundlage die Lehre vom Todtschlage gebaut werden müsse, soll nun eben in der folgenden Ausführung auf historischem Wege darzustellen versucht werden.

---

# Zweites Kapitel.

## Römisches Recht.

Die Römer, wie sie überhaupt eine practische Nation waren, hatten — Dank sey es ihrem guten Verstande — keine auf leere Abstractionen gebauten strafrechtlichen Systeme. Sie nahmen das Bedürfniß zum Führer und die Philosophen maaßten sich niemals ein ungebührliches Principat über das positive Recht an. Zwar war ihnen der Zugang zu demselben nicht versperrt. Vielmehr ist es bekannt, daß gerade die classischen Juristen größtentheils der stoischen Schule huldigten. Allein dieser Einfluß bestand keineswegs in einem Schematisiren, was immer den historischen Zusammenhang zerreißt, sondern lediglich in der Anknüpfung an Ethik und Psychologie, also wiederum an eine Sphäre, die dem Leben selbst angehört, und eine unmittelbar praktische Bedeutung hat. Ueberhaupt schließt sich ja die interpretatio der römischen Rechtsgelehrten aufs Strengste und Genaueste den Gesetzen und deren Geschichte an, und macht sich niemals in der Gestalt eines subjectiven Raisonnements breit. Ebendeshalb behält auch das Römische Recht, obgleich es allmählig zum Universalrechte verflacht wurde, in den Fragmenten jener trefflichen Gelehrten dennoch ein so individuelles Gepräge. Und es ist nicht ihre

Schuld, sondern die Ungunst der Zeit, die uns nicht Alles aufbehalten hat, wenn wir nicht mehr im Stande sind, die Geschichte des Römischen Strafrechts in ununterbrochener Folge uns klar zu machen.

Man hört nicht selten die Behauptung, es sey gerade das Strafrecht von den Römischen Juristen nur stiefmütterlich behandelt worden. Allein mit Unrecht. Sie haben auch in dieser Beziehung Alles geleistet, was man nur irgend von ihnen erwarten konnte. Ein großer Theil des Römischen Strafrechts ist aufs Engste mit dem Privatrechte verflochten, und gerade hier fließen die römischen Quellen so reichlich, als in irgend einem der bestbedachten Theile ihres Rechts. Oder welches Volk hätte eine so musterhafte, gründliche, consequente Erörterung der objectiven Seite am Verbrechen aufzuweisen, wie solche in dem **Dig.** Titel **ad leg. Aquil.** enthalten ist? Ja, diese Parthie des Römischen Strafrechts ist noch überdies die am meisten characteristische. Denn es ist nichts anders, als der große, das ganze Alterthum dominirende Begriff der bürgerlichen Persönlichkeit, wodurch unendlich Vieles, was jetzt zum Criminalrechte geschlagen ist, damals lediglich in das Privatrecht gewiesen war. Eben nämlich, weil man den Staat nicht als eine ideelle, höhere Ordnung der Dinge, sondern nur als das unmittelbare Product des Zusammentritts der **cives optumo jure** auffaßte, überwog bei einer Masse von Rechtsverletzungen der Begriff der verletzten Persönlichkeit bei weitem den der verletzten Allgemeinheit, und es ward Unzähliges durch persecutorische und Privat-Pönalklagen abgethan, wo jetzt der Richter **ex officio** mit Feuer und Schwert dreinzufahren verpflichtet ist. Wenn so die classischen Juristen einerseits einen großen Theil des Strafrechts vom Standpunkte des Privatrechts aus versorgten, so lag es andrerseits im Wesen der Entwicklung des Römischen Staates, daß das öffentliche Strafrecht, als zu eng mit der Politik verbunden, der Einwirkung der Doctrin nothwendig

mehr entgegen seyn mußte, als dies bei uns der Fall ist. Wenn nämlich diese Entwicklung durch einen fortwährend gährenden Dualismus vermittelt wurde, bei welchem sich nur nach und nach die Factoren änderten, so war es natürlich, daß Strafgesetze ihre Färbung von den herrschenden Parthieen annahmen und keine dauernde Garantie hatten. Dazu kam, daß gesetzgebende und richterliche Gewalt im Mindesten nicht streng geschieden waren. Auch wurde niemals eine zusammenhängende Strafgesetzgebung gegeben. Der Gesetze Zahl war überhaupt nicht groß, und sie wurden wohl nicht selten für den einzelnen Fall gemacht. Ein Criminal-Edict konnte sich nicht bilden, weil die Magistrate hier auf's Mannigfaltigste durch die Volksversammlung selbst gebunden waren. Diese aber handelte natürlich dem Interesse des Tages gemäß, nicht nach folgerecht festgehaltenen Principien. Zwar führten die **quaestiones perpetuae** einen geregelten Zustand herbei. Allein von einem Strafcoder war doch niemals die Rede. Die Juristen blieben auf die Interpretation einzelner, durch das augenblickliche Bedürfniß veranlaßter, Gesetze reducirt. Dessenungeachtet aber sehen wir auch aus diesen ungünstigen Materialien ein Gebäude aufgeführt, dessen sinnvolle Construction alle Achtung erwecken muß. Die Kaiserzeit, für das Privatrecht in mancher Hinsicht verflachend und lebendige Keime abschneideud, war für das Criminalrecht wohlthätig, indem sie die früher vermißte Einheit hineinbrachte und der Doctrin mannigfaltigen Stoff an die Hand gab, um die Lücken des republikanischen Systems auszufüllen, seine Härten auszugleichen und das ganze Criminalrecht dadurch auf eine höhere Stufe der Entwicklung zu führen.

Ueber die früheste Periode des Römischen Strafrechts herrscht bekanntlich viel Streit, indem die Einen einen durchgreifenden theokratischen Gedanken darin erkennen wollen, Andere aber behaupten, es habe, wie das Strafrecht jeder Nation in seiner Kindheit, auf der **vindicta privata**

beruht.[1] Der Streit könnte uns nur insofern interessiren, als man bei einem Strafrechte, welches reines Sacralrecht wäre, subjective Unterschiede bereits anzutreffen hoffen dürfte, während solche bei einem den Character der Privat-Rache tragenden Strafrechte zum Voraus ausgeschlossen scheinen möchten.

Werfen wir nun einen kurzen Ueberblick über die einzelnen strafrechtlichen Bestimmungen, die uns in verschiedenen Quellen aus jener ersten Zeit übrig behalten worden sind, und fassen wir dabei zunächst die Periode ins Auge, die sich mit der Periode der 12 Tafel-Gesetzbung schließt, so gewinnen wir freilich nur eine ziemlich dürftige Ausbeute. So viel jedoch ist gewiß, daß wir es hier überall mit einem ausgebildeten Staatswesen zu thun haben, mit einem Zustande der Dinge, der den gährenden Bildungsprocessen der ältesten germanischen Geschichte gerade gegenüber steht. Denn auch schon nach den frühesten Ueberlieferungen hat bereits die allgemeine Staatsgewalt das Amt der strafenden Gerechtigkeit übernommen, und es kann sich daher nur fragen, auf welche vergangenen Bildungsprincipien die einzelnen auf uns gekommenen gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen hinweisen. Der scharfsinnigen Kritik des hochverdienten Dirksen[2] haben wir es zu verdanken, daß das Aechte aus jenen Ueberlieferungen nunmehr gesichtet daliegt, und daß man ohne Mißtrauen daraus Folgerungen über den Charakter des älteren Römischen Strafrechts zu ziehen wagen darf. Ja, er hat noch ein Weiteres für den historischen Aufbau des Römischen Criminalrechts

1) Welker über Recht, Staat und Strafe. S. 538. Dirksen Civilistische Abhandlungen. Bd. I. S. 10*. Abegg de antiquissimo Romanorum jure criminali. Roßhirt im N. Arch. des Crim.-Rechts. Bd. XI. N. 1.

2) Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik u. Wiederherstellung der 12 Tafeln. Derselbe Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Röm. Rechts.

geleistet, indem er nicht bloß den ächten Inhalt wirklicher Gesetze herausgehoben und mit den nöthigen Beweisen versehen, sondern nebendem auch nicht verschwiegen hat, was in Folge alter Tradition in die Quellen gekommen ist, und was, mit gehöriger Vorsicht benutzt, immerhin noch eine lohnende Ausbeute gibt, wo es sich nicht um die strengste exegetische oder diplomatische Genauigkeit, sondern um die Entwerfung eines allgemeinen Bildes handelt.

Schon von Romulus erzählt Dionysius von Halicarnaß,[3] daß er die höchste richterliche Gewalt geübt, und nebenbei über die gewissenhafte Handhabung der Gerechtigkeit von Seiten der niederen Behörden gewacht habe. Ist es nun gleich von Pratejus und Charondas unkritisch, hieraus ein Romulisches Gesetz zu construiren, so beweist doch der Bericht des Dionysius, daß schon in der ältesten Zeit das Amt der strafenden Gerechtigkeit in den Händen der Staatsgewalt war. Nach Cicero[4] ist sogar das Provocationssystem schon aus den Zeiten der Könige abzuleiten, woraus man sieht, daß das Strafrecht der Römer schon in der ältesten Periode durchaus den Charakter der Allgemeinheit, des von einem Gemeinwillen Ausgegangenen, hatte. Will man dem Dionysius[5] glauben, so hat sogar Servius Tullius sich die Criminalgerichtsbarkeit, namentlich in Beziehung auf Staatsverbrechen, allein vorbehalten, und die übrige Jurisdiction besonders ernannten Richtern überlassen.

---

3) *Βασιλει μεν ουν ἐξῃρητο ταδε τα γερα. — νομων τε και πατριων ἐθισμων φυλακην ποιεισθαι, — των τε ἀδικηματων τα μεγιςα μεν αὐτον δικαζειν, τα δε ἐλαττονα τοις βουλευταις ἐπιτρεπειν, προνοουμενον ἱνα μηδεν γινηται περι τας δικας πλημμελες.* Lib. 2. cap. 14. Niebuhr Röm. Geschichte I. S. 555.

4) Provocationem autem etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales. Cic. de Republ. Lib. 2. c. 31.

5) Lib. 4. Cap. 25.

Die strafrichterliche Gewalt der Könige kam nach Abschaffung des Königthums theils an das Volk selbst, theils an den Senat und die Beamten, — und jedenfalls trat nun als durchgreifender Grundsatz ein, daß an das Volk provocirt werden könne, wodurch, bei der staatlichen Stellung des Volks, unzweifelhaft als Princip aufgestellt war, daß Verbrechen eine Beleidigung des Gemeinwesens enthalten und öffentlich bestraft werden müssen.

Damit ist nun aber freilich noch nicht gesagt, daß auch alle einzelnen Bestimmungen diesem Principe gemäß gebildet gewesen seyn müssen. Es war vielmehr natürlich, daß in diesen noch ein Rest anderweitiger Elemente sichtbar blieb, und zwar in zwiefacher Weise. Diese anderweitigen Elemente möchten nämlich einerseits eben die **vindicta privata**, andrerseits die priesterliche Ansicht vom Verbrechen gewesen seyn. Denn es läßt sich nicht einsehen, warum nicht beides nebeneinander hätte von Einfluß seyn sollen. Roßhirt[6] zwar will die Idee der **vindicta privata** aus der Darstellung des ältesten Römischen Strafrechts ganz verbannt wissen. Die Strafe der Rohen, sagt er, werde zwar überall als rohe Reaktion hervortreten; allein die Blutrache der germanischen, slavischen und nordischen Völker sey doch etwas Anderes, als der immer mit religiösen Ansichten mehr oder weniger zusammenhängende Wiedervergeltungstrieb der orientalischen alten Völker und derjenigen, die damit geschichtlich zusammenhiengen. Vielmehr habe der Lädirte überall, wo er sein Recht verfolgen konnte, dasselbe durch eine Klage vor dem gewöhnlichen Richter verfolgen mögen, daher auch das römische Privatpönalsystem als ein eigener Ast am Baume des Privatrechts erscheine, der einen großen Theil des gesammten Strafrechts umfasse. Allein diese Betrachtung, welche gewiß den Zustand, wie er factisch bestand, ganz richtig auffaßt, schließt doch die weitere Betrachtung

6) N. Arch. des Crim.-Rechts. Bd. XI. S. 11.

nicht aus, welches Princip denn nun diesem Privatpönalwesen zu Grunde gelegen habe? Roßhirt sagt selbst, daß die Römer in der Regel die Pön im Interesse des Lädirten bestimmt und exequirt haben. Damit ist aber die Frage nicht erledigt, nach welchem Maaßstabe dieses Interesse gemessen worden sey? Historisch zu ermitteln ist es nun freilich nicht mehr, auf welchem Wege die Römer zu ihrem Bußensystem gekommen sind, welches jedenfalls einen weit beschränkteren Bereich hatte, als das germanische. Wohl aber liefern einzelne Bestimmungen Fingerzeige dazu.

Mag das römische Volk aus so vielen Stämmen zusammengewürfelt seyn, als es will, und mögen diese an eigenthümlichen Sitten und Gebräuchen mitgebracht haben, was sie wollen, irgend einmal muß sich doch bei dem, was wir uns als Anfänge des römischen Staats denken, das Strafrecht in seiner Kindheit befunden haben. Denn es ist unter den Völkern des vorrömischen Italiens keines, von welchem Rom erweislichermaßen ein ausgebildetes Strafrecht überkommen hätte, und, wenn sich auch in dieser Beziehung Vermuthungen wagen ließen, so wird doch nie geläugnet werden können, daß auch das etwa nach Rom schon fertig Mitgebrachte einen früheren Bildungsproceß voraussetze. Wie wir uns mithin auch den Entwicklungsgang in der vorhistorischen Zeit denken mögen, so werden wir doch immer die nothwendigen begrifflichen Entwicklungsmomente auch hier als successiv explicirt supponiren müssen, welche nationelle Färbung sie auch angenommen haben mögen.

Ueberall und immer, wo der staatliche Zusammenhalt noch fehlt oder schwach ist, das Recht daher von den Einzelnen verwaltet und im Grunde als ein Privatgut betrachtet und behandelt wird, da muß auch die Strafe, wenn man überhaupt diesen Ausdruck hier brauchen will, als eine Privatreaktion des Beleidigten gegen den Beleidiger erscheinen, wobei jener die Mehrheit auf seiner Seite hat. Wie ein Knabe, dem von seinem Kameraden Beleidigung durch

Beleidigung vergolten wird, bei den übrigen Gespielen mit Recht gestraft heißt, so mag man sich die Gesinnung denken, mit der in einem unentwickelten Staate die strafende Gerechtigkeit verwaltet, oder vielmehr der Verwaltung derselben zugesehen wird. Nicht als ob nicht ein gemeiner Wille vorhanden wäre, Unrecht abzuthun; allein dieser Gemeinwille hat kein Organ, und überläßt es dem Privatwillen, Unrecht zu rächen, wobei letzterer auf die Zustimmung, ja, wenn Noth eintritt, selbst auch die Mitwirkung des ersteren zählen darf. Die erste Begrenzung des Einzelwillens zeigt sich in dem Systeme der Sühne und Loskaufung, und diese Stufe ist es eben, auf welcher der allmälig sich entwickelnde Staat sich zur Selbständigkeit kräftigt, um sofort nach und nach die Zügel selbst in die Hand zu nehmen und einerseits die Rache des Beleidigten, die bisher als ein Privatrecht ausgeübt wurde und abgekauft werden konnte, in eine Genugthuung von höherem Standpunkte aus zu verwandeln, andrerseits den Nachtheil, welcher den Beleidiger bisher mit dem Scheine der Willkührlichkeit traf, nunmehr als Strafe, als eine Folge des gerechten Gemeinwillens zu verhängen. Es versteht sich nun aber von selbst, daß in solchen Perioden, wo die strafende Gerechtigkeit von keiner höheren und allgemeineren Quelle ausgeht, sondern den Einzelnen und deren Familien zur Verwaltung überlassen bleibt, jene Reaktion des Privatwillens nur den gestifteten Schaden zum Anhaltspunkte haben kann. Denn nur einen sichtbaren Schaden kann man wieder vergelten. Nicht als ob das ethische Moment hier als fehlend gedacht werden dürfte. Aber Princip und Maaßstab der Strafe konnte dasselbe noch nicht seyn. So lang die strafende Gerechtigkeit bloß den Privatwillen zu ihrem Organe hatte, konnte sie die Sphäre des Privatrechts nicht überschreiten. Der Einzelne, welcher die ihm zugefügte Beleidigung rächte, wurde nur durch den wirklich eingetretenen Erfolg, nicht durch die Absicht, die demselben zu Grunde gelegen,

bestimmt, er konnte sich kein Urtheil über das Innere des Beleidigers erlauben, es stand ihm nicht zu, dessen Motive abzuwägen und darnach die Wiedervergeltung abzumessen, wenn sich auch nicht das Hervortreten des subjektiven Moments in solchen Zeiten schon durch die Mangelhaftigkeit der processualischen Einrichtungen verböte. Es werden daher, wo nicht entweder das Volk gewisse Verbrechen als gegen sich selbst begangen ansieht und solche deshalb gleich einem Individuum rächt (wie im alten Deutschland), oder ein theokratisches Element in die Lücken tritt (wie in den meisten Staaten der alten Welt), theils manche Handlungen Strafe nach sich ziehen, die subjektiv gar keine Verbrechen sind, theils manche Verbrechen ungestraft hingehen, wenn sich eben kein Privatwillen findet, der gegen dieselben reagiren wollte oder könnte. Denn das Wesentliche ist hier nur, daß eine Privatrechtssphäre verletzt und dadurch eine Rechtsungleichheit hervorgebracht worden ist, welche wiederum ausgeglichen werden muß. Man ist sich zwar wohl bewußt, daß die Schuld der tiefer liegende Grund ist, wegen dessen Strafe erfolgen muß. Aber sie tritt als solcher noch nicht hervor, oder vielmehr: sie objektivirt sich einfach und ohne ihr Inneres aufzuschließen, in der äußeren Rechtsverletzung. — Ohne die Voraussetzung einer **vindicta privata** im weitern Sinne wäre ein Bußensystem gar nicht zu begreifen, da die Buße ja eben nur das Aequivalent für die Rache bildet, die man sich wohl selbst hätte nehmen können. Eben nämlich in der Anerkennung der Buße als eines häufig vorkommenden oder gar gerichtlich zu erlangenden Auskunftsmittels liegt der Uebergang des Strafrechts aus der Unmittelbarkeit des verletzten Rechtsgefühls der Einzelnen zu dem Selbstbewußtseyn eines Gemeinwillens. Der Wunsch, daß man gemeinen Frieden haben möge, treibt zunächst die Genossen oder die ganze Gemeinde, versöhnend einzutreten. Aber sobald die Bußen nach einem gewissen Maaßstab geregelt sind, wird das Compositionssystem natürlich von selbst

wieder zu einem Ausdruck des strafrechtlichen Begriffs, wenn gleich dasselbe für diesen eigentlich nur eine Uebergangsform bildet. Ob dann diese Uebergangsform kürzer oder länger daure, ob früher oder später die Staatsgewalt an die Stelle des bloßen Versöhnungsmittels wirkliche Strafen setze, das hängt von individuellen historischen Voraussetzungen ab. Nur soviel darf als allgemein durchgreifende Regel aufgestellt werden: Die unmittelbare Reaktion des Beleidigten (oder seiner Familie) gegen den Beleidiger ist die erste und unmittelbarste Evolution des Strafrechts. Das ethische Moment ist hier noch nicht zum Bewußtseyn gekommen; vielmehr bestimmt der Erfolg allein sowohl die Thätigkeit des Rächenden überhaupt, als die Art und das Maaß dieser Thätigkeit. Der Zweck dieser Privatreaktion ist, die durch die Verletzung bewirkte Rechtsungleichheit wieder auszugleichen, und diese Ausgleichung wird am natürlichsten durch Wiedervergeltung herbeigeführt. Aber dieser Gedanke vermag sich nur in den rohesten Zeiten wirklich zu realisiren, wie er heutigen Tags noch nur auf den untersten Stufen der Kultur zum Vorschein kommt. Denn einerseits ist es nur ein Trug, eine Rechtsausgleichung in der Zufügung einer neuen Rechtsverletzung zu finden, da diese selbst abermals wieder die Rache hervorruft und somit ein unendlicher Progreß von Beleidigungen eröffnet wird, andrerseits verbieten Aeußerlichkeiten die Durchführung des Racheprincips. Nur der Mächtige ist im Stande, Rache zu üben, und auch bei ihm wird leicht die zu oft in Anspruch genommene Familie schwierig. Unmacht oder Friedliebe führt leicht auf natürlichem Wege zur Versöhnung. Und so bereitet sich von selbst das Auskunftsmittel der Buße vor. Die Buße selbst aber hat die Wiedervergeltung, als das reelle Strafgericht, zu ihrer nothwendigen Voraussetzung; denn sie stellt nur den allgemeinen Werth vor, den eine Rechtsverletzung in den Augen der Familie, später in den Augen der ganzen Gemeinde hat, daher auch die Quantität

der Bußen bei den verschiedenen Nationen nach den verschiedensten Maaßstäben sich bestimmt. In der Bußen-Skala stellt sich daher jedesmal die strafrechtliche Ansicht eines Volks dar, sobald sie das Gewöhnliche, und die wirklich ausgeübten — erlaubten oder unerlaubten — Rachehandlungen Ausnahmen geworden sind. Sind aber die Bußen einmal zum System geworden, so hat damit auch der Gemeinwille bereits über den Privatwillen gesiegt; denn die Versöhnung geschieht doch zunächst im Interesse des Gemeinfriedens, und die Reglung der Bußsummen selbst hängt lediglich von der allgemeinen Ansicht des Volkes ab. Die Gemeinde ist es, welche die Leistung der Buße und damit die Wiedererlangung des Friedens garantirt. Ist es aber einmal so weit gekommen, so hängt die weitere Evolution des Strafrechts, nämlich die Einführung öffentlicher Strafen, nur davon ab, ob die Staatsgewalt im einzelnen Fall mächtiger oder schwächer ist. Wo dieselbe in einem Mittelpunkt concentrirt ist, wird das System der öffentlichen Strafen früher sich geltend machen, wo dieselbe an alle Gemeindegenossen vertheilt ist, wird das Princip des Gemeindefriedens, welcher zunächst nur Versöhnung der streitenden Partheien will, länger vorherrschen. Darnach bestimmt sich denn die längere oder kürzere Dauer, der größere oder geringere Umfang des Bußensystems. Da aber in diesem Systeme selbst schon der Gemeinwille über den Einzelwillen gesiegt hat, und dieser sich nur noch in dem Moment der Buße als eines Aequivalents für thatsächliche Wiedervergeltung ausspricht, da ferner der seiner selbst sich bewußtwerdende Gemeinwille die Unangemessenheit des Mittels zum Zwecke, welche in der Leistung einer Buße liegt (diese stammt ja eben aus einer niedrigeren Sphäre), anerkennen, da er vielmehr verlangen muß, daß die Verletzung der allgemeinen Rechtsordnung auch eine nach höheren Rücksichten bestimmte, der Sphäre des Privatrechts ganz enthobene Art und Weise der Ahndung nach sich ziehe,

so muß jedes Strafrecht zuletzt im System der öffentlichen Strafen sich abschließen.

Die alte Welt unterscheidet sich gerade hier von der germanischen. In jener nämlich erscheint der Staat überall selbst in die Privatrechtssphäre hineingebildet und mannigfaltig mit ihr verwachsen; während der germanische Staat gerade alle derlei Beziehungen von sich abzustreifen suchte. Der Staat war der antiken Welt nichts Höheres, Idealisches; er bestand aus den Bürgern, und in denselben, so daß Jeder derselben an der Gewalt und Würde des Staats seinen respektiven Antheil hatte. Eben daher war auch der Begriff des Bürgers ein ganz andrer; er stand dem Allgemeinen nicht gegenüber, welches sich vielmehr mit ihm amalgamirte. So mußten nun im Alterthum Verletzungen des Einzelnen, sobald er nur Bürger war, eine wesentlich andre Bedeutung haben, als im Mittelalter. Es mußte viel früher im Individuum das Allgemeine als verletzt gelten und somit ein öffentliches Strafrecht viel leichter und schneller sich bilden, als unter den germanischen Völkern. Nebendem war es nun aber auch eine Folge desselben Verhältnisses, daß das Princip des öffentlichen Strafrechts niemals im Alterthum so sehr das gesammte Gebiet aller Rechtsverletzungen durchdringen konnte, als dies in der mittleren und in der neuen Welt geschah. Denn eben, weil dort das Allgemeine der Gesammtheit der Bürger nicht als ein Anderes, Fremdes gegenüberstand, sondern erst in dieser und durch diese Gesammtheit realisirt wurde, weil es eben deshalb auf Eins herauskam, ob man durch ein Verbrechen den Staat selbst oder die Bürger desselben als verletzt betrachtete, so konnte es gar wohl geschehen, daß das öffentliche Strafrecht auf einem gewissen Punkte stehen blieb und manche Verletzungen, die zunächst nur die Sphäre eines Einzelnen betrafen, nicht in seinen Bereich zog, sondern solche in der Sphäre des Privatrechts beließ. Die hohe politische Würde des antiken Bürgers vermittelte dies leicht

mit dem Principe, während im modernen Staate etwas der Art gar nicht denkbar wäre. War doch in jedem Einzelnen der Staat selbst gleichsam lebendig, so daß selbst die Privatklage, die derselbe anstellte, als eine Reaktion des Gemeinwillens mittelbar erscheinen konnte. Dies ist dann der Grund, warum sich das Privatpönalwesen bei den Römern so eigenthümlich ausbildete, warum so selten **ex officio** verfahren, sondern auf die Klage des Lädirten gewartet wurde. [7] Während daher die germanische Urzeit nur wenige öffentliche Strafen (und diese gleichsam als Rachehandlungen des Volks in Masse) kennt, während in der germanischen Welt das Compositionen-System nach und nach eine so breite und umfassende Basis erhalten hat, daß Manche es irrthümlich für den letzten Grund alles Deutschen Strafrechts ansehen, während hier das System der öffentlichen Strafen die Bußen nur schwer und nach langem Kampfe, dann aber auch völlig verdrängte, so modificirte sich all' dies in der Römischen Welt ganz anders. Schon in früher Zeit hat sich hier ein Staat gebildet, und in dem steten Kampfe zweier Partheien arbeitet sich frühe das antike Bürgerthum zu höchster Geltung hervor. Das Volk selbst constituirt sich zum strafenden Richter (wie es auch Strafgesetzgeber und Begnadiger ist), wo **de capite civis** gesprochen werden soll. Dagegen wird bei andern Verletzungen dem Beschädigten überlassen, ob er klagen, ob er Ersatz für seine verletzte Bürgerwürde verlangen will. Dieser Ersatz behält dann noch die Natur der Buße; und es bleibt das Bußensystem neben dem der öffentlichen Strafe stehen, weil der Begriff des Staats selbst noch nicht aus der Sphäre der Unmittelbarkeit herausgetreten, vielmehr noch an die Gesammtheit der vollberechtigten Bürger

7) Dahin gehört auch die Zusammenstellung der **crimina** und der **delicta** in den 12 Tafeln. S. Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der 12 Tafelfragmente. Kap. 3. Kap. 13.

geknüpft und somit selbst noch von privatrechtlichen Elementen mannigfaltig durchdrungen ist. Wie sich freilich diese, aus dem Wesen des antiken Staates entspringende Nothwendigkeit historisch vermittelt habe, darüber lassen sich nur Vermuthungen wagen.

Als das Ursprüngliche müssen wir auch hier den Gedanken der **vindicta privata** anerkennen, wenn gleich derselbe bereits in das System der Buße und in die Anfänge des Privatpönalwesens umgebildet erscheint. In dieser Beziehung ist vor Allem der Satz der 12 Tafeln (Taf. **VIII.** Fr. 2.) merkwürdig: **Qui membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.** Gewiß hat Roßhirt Recht, wenn er diejenigen tadelt, welche in diesem Satze das Princip des ganzen alten Römischen Strafrechts finden wollen, und die Talion mit dem **Secare** des Ueberschuldeten vergleicht. Auch ist ganz mit ihm übereinzustimmen, wenn er sagt: „Daß es ernstlich in beiden Fällen gemeint war, ist kein Zweifel, aber eben so gewiß ist es, daß es zu diesem juristisch Aeußersten faktisch nicht kam, und Sitte und Gesetz deshalb Wege der Satisfaktion eröffneten. Daher namentlich die Bestimmung einer allgemeinen Geldsumme oder des **dupli** der Beschädigung u. s. w.“ — [8] Nur ist nicht zu vergessen, daß eben die Eröffnung solcher Wege der Satisfaktion durch Sitte und Gesetz nicht erklärlich ist, wenn man nicht jenen Satz als einen ursprünglich im Volksbewußtseyn gelegenen und auch faktisch geltend gemachten annimmt. Ja dieser Satz ist das einzige Fundament des ganzen Bußenwesens. Dies beweist schon seine Fassung, sowie der Begriff der Buße selbst. Wo wir daher im alten Römischen Rechte Bußen finden, da dürfen wir dasjenige Element, welchem der Gedanke der **vindicta privata** angehörte, als Grund-

8) S. übrigens Cic. in Catil. IV. cap. 6. Idem pro Milone. cap. 3. Tacit. Annal. II. 72. Sueton. Aug. cap. 10. Paul. R. S. V. 3. § 2.

lage annehmen. Die Stellen aber, wo wir Spuren dieses Ursprungs antreffen, sind denn freilich dem antiken Begriff des Bürgers vollkommen gemäß. Vornämlich bei Injurien und bei Eigenthumsbeschädigungen finden wir Buße angesetzt.

**Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.** (Taf. **VIII.** fragm 2.)

**Propter os vero fractum aut collisum trecentorum assium poena erat (ex lege XII. Tabularum), velut si libero os fractum erat; at si servo, centum et quinquaginta (Gaj. Institut. Lib. 3. § 223.).** Taf. 8. **fr. 3.**

**Si injuriam faxit alteri, viginti quinque aeris poenae sunto. (A. Gellius. Lib. 20. Cap. 1.)** Taf. **VIII. Fr. 4.**

**— Rupitias — Sarcito (Festus. v. Rupitias).** Taf. **VIII. Fr. 5.**

**Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege XII Tabularum descendit; quae lex voluit** ***aut dari id, quod nocuit,*** **id est id animal, quod noxiam commisit,** ***aut aestimationum noxiae offerre.*** **(L. 1. pr. D. si quadrup. pauper.)** Taf. **VIII. Fr. 6.)**

**Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim; nam neque ex Lege XII Tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque de damni injuriae agi posse. (L. 14. § 3. D. de praescr. verb.)** Taf. **VIII. Fr. 7.**

**Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII Tabulis capitale erat, Suspensumque Cereri necari jubebant; gravius quam in homicidio convictum; impubem Praetoris arbitratu verberari,** ***noxiamque duplione decerni.*** **(Plinius Hist. Natur. Lib. 18. Cap. 3.).** Taf. **VIII. Fr. 9.**

**Qui aedes acervumve frumenti juxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari ju-**

betur; si modo sciens prudensque id commiserit: si vero casu, id est negligentia, *aut noxiam sarcire jubetur*, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur (L. 9. D. de incend. ruina naufrag.) Taf. VIII. Fr. 10.

Fuit et arborum cura legibus priscis; cautumque est XII Tabulis, ut qui injuria cecidisset alienas, lueret in singulas aeris XXV. (Plinius Histor. Natur. Lib. 17. Cap. 1.). Taf. VIII. Fr. 11.

Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique jusserunt (sc. Devemviri) ei, cui factum furtum esset, si modo id luci fecissent, neque se telo defendissent: servos item furti manifesti prensos verberibus affici et e saxo praecipitari; sed pueros impuberes Praetoris arbitratu verberari voluerunt, *noxamque ab his factam sarciri.* (A. Gellius. Lib. 11. Cap. 18) Taf. VIII. Fr. 14.

Si adorat furto quod nec manifestum escit. — — Nec manifesti furti poena per Legem XII Tabularum dupli irrogatur. (Festus v. Nec. & Gajus Institution. Lib. 3. § 190.). Taf. VIII. Fr. 16.

Nam et de furto pacisci Lex permittit. (Lib. 7. § 14. D. de pact.) Taf. II. Fr. 4.)

Nam primo XII Tabulis sanctum, ne quis unciario foenore amplius exerceret. — Majores nostri sic habuerunt, itaque in Legibus posuerunt, furem duplo damnari, foeneratorem quadrupli. (Tacitus Annal. L. 6. c. 16. & Cato de re rust. in Prooem.) Taf. VIII. Fr. 18.

Ex causa depositi Lege XII Tabularum in duplum actio datur. (Paul. Rec. Sentent. Lib. 2. Tit. 12. § 11.) Taf. VIII. Fr. 19.

Sciendum est, suspecti crimen e lege XII Tabularum descendere. — Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus an ea actione, quae proponitur ex Lege XII Tabularum, adversus tutorem in duplum, singuli in Solidum teneantur (l. 1. § 2. D. de Suspect.

tutor. & b. 55. § 1. D. de admin. et peric.) Taf. VIII. Fr. 20.

Nam in Lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit, vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis, nec dominus suo nomine tenetur. — Si servus furtum faxit noxiamve nocuit. (Lib. 2. § 1. D. de noxal. action.) Taf. XII. Fr. 2.

Si vindictam falsam tulit.... si velit is.... tor arbitros tres dato eorum arbitrio.... fructus duplione damnum decidito. (Festus v. Vindiciae). Taf. XII. Fr. 3.

Rem de qua controversia est, prohibemur in sacrum dedicare; alioquin dupli poenam patimur. (L. 3. D. de litigios.) Taf. XII. Fr. 4.

Am natürlichsten erscheint die Privatreaktion überhaupt bei Verletzungen der Person, oder der Sphäre, worin die Persönlichkeit zunächst sich objektivirt, des Eigenthums nämlich. Es ist schon etwas Vermitteltes, wenn die Familie des Verletzten ohne diesen, namentlich also bei der Tödtung, rächend auftritt, und kann überhaupt nur vorkommen, wo das Familienwesen ausgebildet ist. Dies war nun in der antiken Welt des Occidents, namentlich in der Römischen, nicht der Fall, daher wir hier die **vindicta privata** auf jenen engeren Kreis beschränkt und nur für Verletzungen, die in jene Sphäre fallen, Bußen angesetzt finden. Bei diesen Bußen blieb es nun aber auch. Nur in wenigen Fällen, wo durch die Verletzung des Einzelnen zugleich die allgemeine Rechtsordnung auf eine auffallendere Weise verletzt erscheinen konnte, wurden zugleich öffentliche Strafen angedroht (so beim Pasquill, beim **furtum manifestum**, beim diebischen Abmähen der Saat in der Nacht &c.). Der Lädirte konnte dann immer die Buße mit einer Privatklage einfordern, und dadurch schien dem strafrechtlichen Principe Genüge gethan. Dennoch kommt neben der Buße (oder deren Multiplen) auch noch wirkliche thatsächliche Satisfaktion, wenn gleich unter gesetzlicher Autorität, vor, wie

denn dies von der **Talio** bei dem **membrum ruptum** noch in den 12 Tafeln ausgesprochen ist. Auch sind die **noxae dationes** und die **addictiones** derjenigen, die ihre Freiheit verloren, nirgends anders her abzuleiten. Und fragt man denn, woher wohl überhaupt dieses Element in das Römische Strafrecht gekommen seyn möge, so läßt uns freilich die Geschichte ohne Antwort, und wir können nur vermuthen, daß es dem Gegensatze des in priesterlicher Aristokratie sich abschließenden Elements, also dem alten Grundstocke der Gemeinde, etwa den Aboriginern und andern mit diesen verschmolzenen Volksstämmen angehört haben möchte. Und zwar deshalb, weil jenem priesterlichen Elemente ein zweiter wichtiger Theil des alten Römischen Strafrechts angehört, nämlich das Sacralrecht.

Schon in den Zeiten der Könige begegnen uns einige dahin gehende Anordnungen, so aus Romulus Zeit:

**Patronus si clienti fraudem fecerit, Sacer esto** (Servius zu Virgils Aeneid. Buch 6. V. 609.)

**Si nurus . . Sacra divis Parentum esto. (Festus v. Plorare.)**

*Ἐθηκε δε και νομους τινας* (sc. *ὁ Ῥωμυλος*), *ὡν σφοδρος μεν ἐςιν ὁ γυναικι μη διδους ἀπολειπειν ἀνδρα, γυναικα δε διδους ἐκβαλειν ἐπι φαρμακειᾳ, και τεκνων, ἠ κλειδων ὑποβολῃ, και μοιχευθεισαν· εἰ δ᾽ ἀλλως τις ἀποπεμψαιτο, της οὐσιας αὐτου το μεν της γυναικος εἰναι, το δε της Δημητρος ἱερον κελευων· τον δ᾽ ἀποδόμενον γυναικα θυεσθαι χθονιοις θεοις.* **(Plut. in Romulo. cap. 22.)**

Aus Numa's Zeit:

**Si hominem fulmen Jovis occidit, ne supra genua tollito. — Homo si fulmine occisus est, ei justa nulla fieri oportet. (Festus v. Occisum)**

**Pellex aram Junonis ne tangito Si tanget, Junoni crinibus demissis agnum feminam caedito. (Festus v. Pellices).**

**Numa Pompilius statuit, eum, qui terminum exa-**

rasset, et ipsum et boves sacros esse. (Festus v. Termino).

Si quis aliuta faxit, ipsus Jovi sacer esto. (Festus v. aliuta).

Aus Servius Tullius Zeit:

Si parentem puer verberit ast olle plorassit, puer divis parentum sacer esto. (Festus v. Plorare).

Wozu man noch das Zeugniß des Dionysius (Lib. 2. cap. 1.) ziehen mag, daß Romulus den Verrath des Patrons am Clienten mit der Strafe des Hochverraths, d. h. mit der Androhung des Sacer esto belegt habe.

Aus den 12 Tafeln gehört dahin das Cereri necare, welches für das diebische Abmähen der Saat in der Nacht angedroht war; ferner Taf. 8. Fr. 21. (die Wiederholung des Romulischen Gesetzes über den Betrug des Patrons an seinem Clienten.

Außer diesen beiden Richtungen treffen wir nun noch anderweitige Bestimmungen im ältesten Römischen Strafrechte an, welche sich weder auf den Gedanken der vindicta privata zurückführen lassen, noch zunächst den Charakter des Sacralrechts an sich tragen. Einmal nämlich begegnet uns der Ausdruck: Improbus intestabilisque esto;

Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto. (A. Gellius. Lib. XV. Cap. 13.) Taf. VIII. Fr. 22.

und ferner zeigen sich für verschiedene Fälle Capitalstrafen, ohne daß dabei das Sacer esto oder überhaupt eine theokratische Beziehung zum Vorschein käme. So die Gesetze Numa's:

Negat lex regia, mulierem, quae praegnans mortua sit, humari antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur (12. D. de mortuo infer.)

Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricida esto (Festus v. Parici quaestores).

Hieher gehören auch einige Berichte der Classiker, woraus man mit Unrecht königliche Gesetze gemacht hat, so der Bericht des Plutarch (in **Romulo**):

*Ἀλλα μεντοι πολλα ταις γυναιξιν εἰς τιμην ἀπεδωκεν, ὡν και ταυτα ἐςιν· ἐξιςασθαι μεν ὁδου βαδιζουσαις, αἰσχρον δε μηδενα μηδεν εἰπειν παρουσης γυναικος, μηδ' ὀφθηναι γυμνον, ἡ δικην φευγειν παρα τοις ἐπι των φονικων καθεςωσι.*

Ferner die Notiz bei **Festus v. Probrum**:

**Probrum virginis Vestalis ut capite puniretur, vir, qui eam incestavisset, verberibus necaretur; lex fixa in atrio Libertatis cum multis aliis legibus incendio consumpta est, ut ait M. Cato in ea oratione, quae de Auguribus inscribitur.** [9])

Die Nachricht bei Plutarch (in **Romulo Cap. 22.**):

*Ἐθηκε δε και νομους τινας. — ἰδιον δε, το μηδεμιαν δικην κατα πατροκτονων ὁρισαντα, πασαν ἀνδροφονιαν πατροκτονιαν προσειπειν· ὡς τουτου μεν ὀντος ἐναγους, ἐκεινου δε ἀδυνατον.*

Die Erzählung des Livius (**Lib. 1. Cap. 26.**)

**Rex — concilio populi advocato: «Duumviros, inquit, qui Horatio perduellionem judicent, secundum legem facio.» Lex horrendi carminis erat: «Duumviri perduellionem judicent. Si a Duumviris provocarit, provocatione certato: si vincent, caput obnubito, infelici arbori recte suspendito, verberato, vel intra pomoerium vel extra pomoerium.»** [10]

und endlich die Nachricht bei Valerius Maximus (**Lib. 1. Cap. 1. § 13.**):

**Tarquinius Rex M. Tullium duumvirum — culeo insutum in mare abjici jussit. Idque supplicii genus (non) multo post parricidis lege irrogatum est.**

---

9) Cf. Dionys. Halic. Lib. 3. Cap. 67. Plutarch. in Numa. Cap. 9. 10.

10) Cf. Dionys. Halic. Lib. 3. Cap. 22.

Ferner folgende ächten 12 Tafelgesetze:

**Nostrae contra XII Tabulae, cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt: «Si quis occentavisset, sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri.» (Cicero De Republ. Lib. IV.** bei **Augustinus de civitat. Dei. Lib. II. Cap.** 9.) Taf. **VIII. Fr.** 1.

**Qui fruges excantassit. — Neve alienam segetem pellexeris. (Plinius Hist. Nat. Lib. XXVIII. Cap.** 2. und **Servius** zu Virgils **Eclog. VIII. v.** 99.) Taf. **VIII. Fr.** 8. (Doch gehört dies wohl eher in das Sacralrecht.)

Taf. **VIII. Fr.** 9. 10. 14. s. oben.

**An putas, — si non illa etiam ex XII Tabulis de testimoniis falsis poena abolevisset, et si nunc quoque, ut antea, qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpejo dejiceretur, mentituros fuisse pro testimonio tam multos, quam videmus? (A. Gellius. Lib.** 20. **cap.** 1.) Taf. **VIII. Fr.** 23.

Taf. **VIII. Fr.** 24. s. Taf. **VIII. Fr.** 9. (**Homicidii poena. Plinius Histor. Nat. Lib.** 18. **Cap.** 3.)

**Qui malum carmen incantasset — — malum venenum. (Plinius Histor. Nat. Lib. XXVIII. Cap.** 2. und **l.** 236. **pr. D. de verb. signif.**) Taf. **VIII. Fr** 25.

**Tum leges praeclarissimae de XII Tabulis translatae duae; quarum — altera de capite civis rogari, nisi maximo Comitiatu, vetat. (Cicero de Legibus. Lib.** 3. **Cap.** 19.) Taf. **IX. Fr.** 2.

**Dure autem scriptum esse in istis Legibus (sc. XII Tabularum) quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae judicem arbitrumve jure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur. (A. Gellius Lib. XX. C.** 1.) Taf. **IX. Fr.** 3.

**Quaestores constituebantur a populo, qui capitalibus rebus praeessent: hi appellabantur Quaestores**

**Parricidii: quorum etiam meminit Lex XII Tabularum. — Ab omni judicio poenaque provocari licere, indicant XII Tabulae (12. § 23. D. de orig. jur.** und **Cicero de Republ. Lib. II. Cap. 31.)** Taf. **IX. Fr. 4.**

**Lex XII Tabularum jubet, eum qui hostem concitaverit, quive civem hosti tradiderit, capite puniri (13 pr D. ad leg. Jul. majestat.)** Taf. **IX. Fr. 5.**

Außerdem sind noch zu erwähnen einige unrichtiger Weise den 12 Tafeln zugeschriebenen Vorschriften, wie die über die Strafe des Verwandtenmords (s. oben das dem Tarquinius Superbus zugeschriebene Gesetz) und über die Strafe der Tödtung, worauf sogleich näher zu kommen seyn wird.

Sowohl die dem Sacralrecht unmittelbar angehörigen, als die zuletzt angeführten Bestimmungen stehen den auf die Grundlage der **vindicta privata** gebauten Bußen in geradem Gegensatze gegenüber, sofern bei ihnen überall eine höhere Macht auftritt, welche die concrete Rechtsverletzung nicht von concretem Gesichtspunkte aus betrachtet, sondern ihr einen allgemeineren Sinn gibt und sie als die Verletzung einer höheren Ordnung der Dinge bestraft. Doch ist auch von den Sacralbestimmungen zu den ohne diese Beziehung angedrohten Strafen ein wesentlicher Fortschritt anzuerkennen. Auch das Sacralsystem nämlich ist im Grunde nur erst ein Rachesystem in höherem Sinne. — Die Götter erscheinen dabei als die Beleidigten, und die Strafe ist eigentlich dies nicht, sondern gleichfalls nur ein Akt, wodurch die Aussühnung mit den beleidigten Göttern vermittelt wird. Am deutlichsten ist dies da, wo eine Geldbuße an das Heiligthum entrichtet werden muß, wie z. B. in dem Falle, wenn der Ehemann sein Weib ohne gesetzlich genügenden Grund verstößt, oder da, wo die Strafe unmittelbar als Entsühnungsmittel schon der Form nach auftritt, wie z. B. in dem Falle, wenn eine Hure den Altar der Juno berührt und dafür ein weibliches Lamm opfern muß. In

vielen Fällen nun aber erscheinen die Götter in so hohem Grade gekränkt, daß eine Aussöhnung auf friedlichem Wege nicht mehr als möglich gedacht wird, vielmehr eine Versöhnung der Götter mit der Welt nur dadurch erfolgen kann, daß der Verächter ihrer Satzungen aus dem Kreise dieser Welt selbst ausgestoßen wird. Ob nun die Priester als privilegirte Willensvollstrecker der Gottheit ein Menschenopfer vollbringen, oder ob jene Ausstoßung in der Form einer Aechtung geschieht, das ist im Wesentlichen ziemlich gleich. Denn der Grund der Bestrafung ist in beiden Fällen derselbe. Im Römischen Rechte, so weit wir es kennen, tritt nur die letzte Form hervor (aus den Worten des Festus [11] läßt sich hinsichtlich der Frage, ob Menschenopfer im Gebrauch gewesen seyen, weder pro, noch contra schließen; eher möchte das Cereri necare auf etwas dergleichen hindeuten). Der Schuldige ward geächtet, d. h. Jeder konnte ihn tödten, ohne in die Strafe des Parricidii zu verfallen; denn das Blut, das er vergoß, war den Göttern ein Wohlgefallen. Das Wesentliche dabei ist, daß hier ein allgemeineres, höher hergeholtes Princip des Strafrechts, aber dieses nur wieder in der unmittelbaren Form der Rache und der jedesmal der Rache entsprechenden Versöhnung auftritt. Warum übrigens Roßhirt sagt, an ein geregeltes Verfahren gegen den Verbrecher sey hier ebenso wenig zu denken, als an eine Classifikation der Verbrechen und Strafen, verstehe ich nicht. Die bloße Mangelhaftigkeit der Quellen berechtigt doch wohl zu einem solchen

11) v. Sacer. At homo Sacer is est, quem populus judicavit ob maleficium, neque fas est eum immolari, sed, qui occidit, parricidii non damnatur; nam lege tribunitia prima cavetur: Si quis eum qui eo plebiscito Sacer sit, occiderit, parricida ne sit. — — Sacratae leges sunt, quibus sanctum est, qui quid adversus eos fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque. cf. Livius Lib. II. Cap. 8. Niebuhr römische Geschichte Bd. I. S. 554. Roßhirt N. Arch. d. Crim.-R. Bd. XI. S. 4 ff. Sanio ad leg. Corn. de Sic. p. 56.

Ausspruch nicht. Auf den Proceß konnte das Sacralprincip an und für sich keinen Einfluß haben; und hinsichtlich der Classifikation der Verbrechen liegt der Gedanke sehr nahe, daß solche nach den Persönlichkeiten der zunächst als beleidigt erscheinenden Gottheiten eingerichtet gewesen sey, wie wir denn auf die Ausdrücke stoßen: **Nurus — sacra divis Parentum esto. Puer divis Parentum Sacer esto.** — *θυεσθαι χθονιοις θεοις.* **Junoni agnam foeminam caedito ipsus Jovi Sacer esto. Cereri necare &c.** Gewiß hat aber das Sacralrecht ursprünglich weit mehr umfaßt, als was in den dürftigen Quellen uns übrig behalten ist. Es wurden ohne Zweifel auch die Verbrechen, die wir bereits mit öffentlicher Strafe ohne Sacralbeziehung bestraft finden, aus theokratischem Gesichtspunkte betrachtet, und die Loslösung der letzteren von jenem Gesichtspunkte stellt nur eine Weiterentwicklung des strafrechtlichen Princips überhaupt dar, bei welcher der alte Begriff nicht auf allen Punkten gleichzeitig und gleichmäßig sich hatte verdrängen lassen. (Fast alle noch erhaltenen Bestimmungen, wobei ein **Sacer esto** vorkommt, gehen das Familienwesen und das Verhältniß der Clientel an, Punkte, wo der zum Selbstbewußtseyn erwachte Staat leicht noch die alte theokratische Ansicht fortbestehen lassen konnte, weil sie ihn zunächst weniger berührten. Offenbar läßt es sich nicht denken, daß das Princip der Aechtung, welches die breiteste Unterlage voraussetzt, nur für so beschränkte Kreise gegolten haben sollte; wohl aber ist es begreiflich, daß es sich bei ihnen noch erhalten konnte, während andre, den Staat näher angehende Verbrechen bereits aus einem andern Gesichtspunkte gestraft wurden). Es ist nun aber, wie gesagt, ganz im Geiste der antiken Welt, daß in Rom schon sehr frühe der Staat selbst sich hervorgearbeitet und die Strafgerichtsbarkeit, wenigstens in einer gewissen Sphäre in seine Hand genommen hat. Der Umfang dieser Sphäre bestimmt sich ganz natürlich dadurch, daß zum öffentlichen Strafrechte gehört, was nicht

als Ueberbleibsel des Sacralrechts stehen geblieben, und was nicht aus dem Principe der **vindicta privata** heraus zum Privatpönalwesen sich vermittelt hat. Doch ist außer diesen beiden Beschränkungen im älteren Römischen Rechte noch eine dritte zu bemerken, diejenige nämlich, welche das öffentliche Strafrecht durch das **Judicium domesticum** erlitt.

*Ἁμαρτανουσα δε τι (ἡ γυνη), δικαςην τον ἀδικουμενον ἐλαμβανε, και του μεγεθους της τιμωριας κυρων. Ταυτα δε οἱ συγγενεις μετα του ἀνδρος ἐδικαζον· ἐν οἱς ἡν φθορα σωματος, και — εἰ τις οἰνον εὑρεθειη πιουσα γυνη.* (**Dionys. Halic. Lib. 2. Cap. 25**). [12]

*Ὁ δε των Ῥωμαιων νομοθετης* (**sc.** *ὁ Ῥωμυλος*) *ἁπασαν, ὡς εἰπειν, ἐδωκεν ἐξουσιαν πατρι καθ' ὑιου, και παρα παντα τον βιον χρονον, ἐαν τε εἰργειν, ἐαν τε μαςιγουν, ἐαν τε δεσμιον ἐπι των κατ' ἀγρον ἐργων κατεχειν, ἐαν τε ἀποκτιννυναι προαιρηται. — Και οὐδε ἐνταυθα ἐςη της ἐξουσιας ὁ των Ῥωμαιων νομοθετης, ἀλλα και πωλειν ἐφηκε τον ὑιον τῳ πατρι — και τουτο συνεχωρησε τῳ πατρι, μεχρι της τρίτης πρασεως ἀφ' ὑιου χρηματισασθαι.* (**Dion. Hal. Lib. 2. Cap. 26. 27.**) [13]

Daß dahin nicht nur die der Gewalt oder **manus** unterworfenen Freien, sondern auch die Sklaven gehörten, versteht sich von selbst. Uebrigens ist gewiß die Bemerkung von Roßhirt [14] ganz richtig, daß man sich die Sache nicht so denken dürfe, als ob durch das **judicium domesticum** ein eigener Gerichtsstand, wie in unsern Tagen, begründet worden wäre, daß vielmehr den Familienhäuptern nur das Recht gegeben war, durch die Bestrafung von ihrer Seite sich und dem Beleidigten Satisfaktion zu verschaffen, daneben aber die öffentliche Gewalt, sofern die **Sacratio capitis** oder eine andre **damnatio capitis** eintrat, nicht verhindert

12) Cf. A. Gellius Noct. Att. Lib. 10. Cap. 23. Plinius Histor. Natur. Lib. 14. Cap. 13. Valer. Max. Lib. 6. Cap. 3. § 9. Tertullian in Apologetic. Cap. 6.

13) Cf. Taf. IV. (XII Taf.) Fr. 2. Collat. Legg. Mosaic. Tit. 4. § 8.

14) N. Arch. des Crim.-Rechts. Bd. XI. S. 14.

werden sollte, dieselbe auch bei den Familiengenossen zum Vollzuge zu bringen. Er belegt dies mit den Beispielen des Brutus, und des Horatiers, sowie mit der Erzählung von dem Sklaven, der wegen eines **furtum manifestum** gepeitscht und dennoch durch das Herabstürzen vom Tarpejischen Felsen unter Autorität der öffentlichen Gewalt getödtet wurde.[15] Den unmittelbarsten Beweis aber liefern die oben angeführten, hier einschlagenden Gesetzesfragmente aus der königlichen Zeit sowohl, als aus der Decemviralgesetzgebung.

Fragen wir nun aber nach dem Inhalt der Bestimmungen des öffentlichen Strafrechts im Einzelnen, so geben uns darüber freilich die Quellen (s. oben) keine ergiebige Nachweisung. Wir sehen mit öffentlichen Strafen bedroht den Mord (vielleicht namentlich auch den Verwandtenmord), die Unzucht der Vestalinnen, die Ehrenkränkung Römischer Matronen, das Pasquill, das falsche Zeugniß, das **homicidium** überhaupt, das **malum carmen incantare, malum venenum (dare)**, die Bestechlichkeit des Richters, die Verbindung mit einem auswärtigen Feinde, das diebische Abmähen der Saat bei Nacht, wenn es von einem **impubes** geschah, einen Fall der Brandstiftung, und das **furtum manifestum** bei Sklaven und Unmündigen. Nur so viel wissen wir durch Cicero, daß die 12 Tafeln **perpaucas res capite sanxerunt**.[16]

Bisher ist nun der Kreis des älteren Römischen Strafrechts im Aeußeren umschrieben und es sind die verschiedenen Elemente namhaft gemacht worden, aus welchen das-

15) **Livius Lib. II. Cap. 5, Dionys. Halic. Lib. V. Cap. 8. 9. A. Gellius Lib. XV. cap. 13.** so noch in späterer Zeit **Valer. Max. IV. 8. § 1.**

16) Näheres hierüber, namentlich auch über die Idee, daß **res capitales** und **judicium parricidii — perduellonis** synonim gebraucht wurden, s. bei **Sigonius Lib. 3. cap. 3. 4.** u. Roßhirt N. Arch. d. Crim.-R. Bd. **XI.** S. 16 ff.

selbe zusammengekommen ist. Jetzt ist die Frage aufzuwerfen, ob uns in den uns aufbehaltenen Nachrichten aus jener ältesten Periode Bestimmungen begegnen, welche sich auf das Innerliche beim Verbrechen beziehen, oder inwiefern sich aus der Eigenthümlichkeit der verschiedenen, diesem Strafrechte zu Grunde liegenden Principien hierauf etwa Schlüsse machen lassen?

Luden [17] stellt an die Spitze seiner, zunächst auf den Versuch bezüglichen, geschichtlichen Erörterungen über das Römische Strafrecht die Behauptung, jedes alte Strafrecht betrachte nichts Anderes, als den hervorgebrachten materiellen Schaden, es nehme nicht besondere Rücksicht darauf, ob die Verletzung mit größerer oder geringerer Bosheit oder vielleicht gar nur aus Leichtsinn und Nachlässigkeit zugefügt worden sey; kurz das Subjektive sey das Untergeordnete und das Objektive die Hauptsache. So sey denn auch im älteren Römischen Strafrechte die Unterscheidung zwischen dolus, culpa und casus nicht immer beobachtet worden, ebenso wenig als außer der vorliegenden materiellen Rechtsverletzung Rücksicht darauf genommen worden sey, ob die Absicht des Verbrechers noch über dieselbe hinaus auf ein größeres Verbrechen gerichtet gewesen sey.

Die Richtigkeit dieser Behauptung ist nicht zu bestreiten, wenn sie auf die Sphäre eingeschränkt wird, welche die vindicta privata zu ihrer Unterlage hat. Denn hier liegt die Nichtberücksichtigung subjektiver Unterschiede in der Natur der Sache, wenn gleich die Römer solche später auch in ihr Privatpönalwesen hineingetragen haben. Dagegen erscheint sie unbegründet, wenn sie Alles, auch das nicht auf der Voraussetzung der vindicta privata Beruhende, erklären soll. Zwar ist in der angeführten Schrift zunächst nur

17) H. Luden Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte. Bd. I. S. 57 ff. vgl. Abegg de antiquissimo Romanorum jure criminali. cap. 3. Heusler diss. de ratione in puniendis delictis culpa commissis apud Rom. servata. § 5 sq.

vom Versuche die Rede und es wird ausgeführt, daß im älteren Römischen Strafrechte der Versuch nicht als solcher, sondern Versuchshandlungen nur, wenn sie materiell einen rechtsverletzenden Erfolg gehabt haben, nach Art und Weise dieses Erfolgs als besondere Verbrechen gestraft worden seyen. Allein es springt in die Augen, daß die Frage über die Bestrafung des Versuchs mit der Frage über die Berücksichtigung der subjectiven Momente bei consummirten Verbrechen auf's Genaueste zusammenhängt. Denn beides fließt aus derselben Quelle und setzt sich wechselseitig voraus. Was nun den von Luden versuchten Beweis betrifft, so scheint mir derselbe nicht auf der solidesten Grundlage zu beruhen. Er geht vom Verbrechen der Tödtung aus und führt die zwei Stellen:

**Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricida esto. (Festus v. Parici quaestores)**

**Sane in Numae legibus cautum est, ut, si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi et natis ejus in cautione (concione) offerret arietem. (Servius ad Virgil. Eclog. IV. v. 43. Id. ad Virgil. Georg. III. v. 387.)**

zum Belege dafür an, daß Capitalstrafe nur eingetreten sey, wenn Einer dem Andern den Tod wirklich gegeben habe; und verwirft zugleich die Behauptung von Cropp, daß in dem:

**Si quis malum carmen incantassit, parricida esto, (qui fruges excantassit, Ceresei necator)**

die Strafbarkeit des Versuchs der Tödtung als solchen liege. Wenn nun das Letztere vollkommen zugegeben werden muß, so ist doch die erstere Behauptung durchaus nicht begründet. Die Stelle aus Servius kann gar nichts beweisen; denn sie spricht von einem culposen Verbrechen; bei einem solchen läßt sich aber ein Versuch überhaupt nicht denken. Aus der Stelle des Festus aber kann jener Schluß nur dann abgeleitet werden, wenn man ein ganz besonderes

Gewicht auf **duit** legt, und das **Perfectum** hier als absichtlich gewählt urgirt. Gewiß ist aber dies sehr gewagt. Die Stelle sagt nur: wer einen Andern **dolose** getödtet hat, der soll ein **parricida** seyn. Dies ist nun sehr richtig, aber über den Versuch ist damit so wenig etwas gesagt, daß diese Stelle vielmehr in allen modernen Gesetzbüchern, welche die Strafbarkeit des Versuchs vollkommen anerkennen, eben so gut stehen könnte. Noch gewagter ist der Schluß, den Luden nun weiter aus der Stelle des Gajus macht: [18]

**Poena injuriarum ex lege XII Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat, propter os vero fractum aut collisum CCC assium poena erat, veluti si libero os fractum erat; at, si servo, CL; propter alteras vero injurias XXV assium poena erat constituta.**

Er sagt: „Aus den Worten: **Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto** folgt keineswegs, daß bloße Injurien, d. h. dolose Verletzungen mit denselben gemeint gewesen seyen. Im Gegentheil haben wir ein ausdrückliches Zeugniß des Gellius (**Lib.** 20. **Cap.** 1.), welches beweist, daß sich dieselben auch auf culpose Verletzungen bezogen haben. Und so wenig, als das Gesetz darauf Rücksicht nahm, ob die Verletzung dolos oder culpos zugefügt war, wird es ein Gewicht gelegt haben auf die Absicht, mit welcher dieselbe zugefügt worden war, nämlich, ob der Verletzende nichts weiter wollte, als die Verstümmelung, oder ob dieselbe nur eine mißlungene Tödtung war. Auch in diesem letzten Falle, wenn also das vorlag, was wir jetzt Versuch einer Tödtung nennen, wird der Verbrecher nicht als **homicida** gestraft worden seyn, sondern nach diesem Gesetze mit der Talion. Ebenso wird, wenn die Verletzung geringer war und keine eigentliche Verstümmelung vorlag, sondern nur **os fractum aut collisum,** die Strafe von 300

---

18) Gajus Institut. Lib. III. § 223.

Aß, und wenn sie noch geringer war, die Strafe von 25 Aß eingetreten seyn, ohne Rücksicht darauf, ob der Verbrecher durch seine Handlung bloß die in der That hervorgebrachte Verletzung oder eine wirkliche Tödtung beabsichtigt hatte." Es werden bei dieser Argumentation zwei Gebiete zusammengeworfen, die vielmehr gerade aufs Sorgfältigste auseinander gehalten werden müssen, das des Bußensystems und das der öffentlichen Strafen. Nicht, als ob nicht allerdings anzunehmen wäre, daß factisch beide sich gegenseitig ergänzt haben. Aber gewiß ist es aller Wahrscheinlichkeit entgegen, daß dieselben organisch in einander gegriffen haben sollten, da sie ja auf absolut disparaten Principien beruhten. Der Satz, daß subjektive Unterschiede nicht berücksichtigt worden seyen, gilt nur für das auf der Grundlage der **vindicta privata** ruhende Bußensystem. Hier folgt er, wie schon mehr erwähnt, aus der Natur der Sache, da Wiedervergeltung nur durch einen bestimmten objektiven Erfolg hervorgerufen werden und über die Gränzen dieses objektiven Erfolges niemals hinausgehen kann. Wie denn dies hier noch namentlich durch das beigebrachte Zeugniß des A. Gellius bewiesen wird, welcher sagt, culpose Verletzungen haben die nämliche Folge, wie die dolosen, nach sich gezogen. Der Begriff des Versuchs findet ohne dies in dieser Sphäre consequenter Weise gar keine Stelle. Eben deshalb aber ist es nicht gerathen, aus diesem Gebiete in das davon durchaus verschiedene der öffentlichen Strafen hinüber zu schließen, wie dies Luden thut. Selbst, wenn es entschieden wäre, daß auch in dieser letzten Sphäre subjektive Momente gar nicht beobachtet worden wären, würde man durchaus nicht berechtigt seyn, auf die Weise, wie es hier geschieht, das eine Gebiet dem anderen zu substituiren. Man müßte dann sagen: das öffentliche Strafrecht bezog sich nur auf vollendete Verbrechen und dachte gar nicht daran, den Versuch zu bestrafen; war aber eine Verstümmelung oder eine geringere Realinjurie wirklich zugefügt,

so blieb es dem Verletzten überlassen, ob er Buße nehmen oder in den schwersten Fällen Talion eintreten lassen wollte; wo denn der Natur der Sache nach nur das objektive Moment den Ausschlag gab, das subjektive dagegen ganz zur Seite liegen blieb. Wenn ja das öffentliche Strafrecht keine Bestimmungen über versuchte Verbrechen enthielt, so war die nach objektivem Maaßstab einzufordernde Buße für dasselbe im Mindesten kein Ersatz, da diese Buße wesentlich nicht die Natur einer Strafe hatte.

Ebenso mißlich steht es mit einem weiteren Beweise, der aus der Nachricht über die Bestrafung des **carmen famosum** beigebracht wird. Hier trat öffentliche Strafe, und zwar bekanntlich die **poena fustuaria** ein. [19] „Hier," sagt Luden, „läßt sich allerdings ein Versuch unterscheiden. Aber es scheint, daß diese Strafe nur zugefügt wurde, wenn das aufgeschriebene Schmähgedicht wirklich abgesungen worden war." Allein diese Behauptung ist um so auffallender, da die klassischen Worte des Cicero: **Si quis occentavisset sive carmen *condidisset*, quod infamiam faceret flagitiumve alteri,** eher das Gegentheil auszusprechen scheinen; wie auch eine andere Stelle des Cicero: **quamquam id quidem etiam XII Tabulae declarant, *condi* jam tum solitum esse carmen, quod ne liceret fieri ad alterius injuriam lege sanxerunt.** — [20] ferner: **Carmen malum *conscribere*, quo fama alterius coinquinetur et vita, Decemviralibus scitis evadere noluistis impune; ac ne vestras aures convicio aliquis petulantiore pulsaret, de atrocibus formulas constituistis injuriis.** [21] — **Si mala *condiderit* in quem quis carmina, jus est, Judiciumque.** — [22] **Qua lege cautum est, ne quis in**

19) Cornutus zu Persius Satyr. I. v. 137. Horat. Epistol. Lib. II. Ep 1. v. 152 ff. Porphyrio ad h. l.

20) Cicero Tuscul. disputation. Lib. IV. Cap. 2.

21) Arnobius advers. gentes. Lib. IV. a. E.

22) Horat. Satyr. Lib. II. Sat. 1. v. 82. 83.

**quemquam carmen** ***scriberet.*** [23] — Bei den Verbrechen gegen die Vermögensrechte, namentlich dem **furtum**, ist zuzugeben, daß das alte Römische Strafrecht einen bloßen Versuch nicht bestraft. Augenscheinlich waren hier überhaupt Bußen das Uebliche und Herkömmliche, und diese setzen ja ein vollendetes Verbrechen voraus. Bei dem **furtum nec manifestum** setzen auch die 12 Tafeln noch nur das **duplum** als Buße. Beim **furtum manifestum** soll der Freie addicirt werden, was gleichfalls auf das Princip der **vindicta privata** und des objektiven Schadens zurückweist; nur für den Sklaven ist öffentliche Strafe, Herabstürzen vom Tarpejischen Felsen bestimmt; und dies war offenbar eine Neuerung, die erst durch die erstarkte Staatsgewalt gemacht werden konnte, welche das **furtum manifestum** als etwas besonders öffentlich Anstößiges auch öffentlich, mindestens an Sklaven, rügen zu müssen glaubte. Aelter wenigstens war gewiß die Bestimmung, daß der Sklave von dem Herrn **noxae** zu geben sey; oder bezog sich auch vielleicht jene öffentliche Strafe nur auf den Fall, wenn der Sklave **ignorante domino** gestohlen hatte. Wenn also bei Verbrechen wider die Vermögensrechte von einer Bestrafung des Versuchs nicht die Rede ist, so kommt dies nur daher, daß diese Verbrechen der Hauptsache nach als in das Gebiet der **vindicta privata** und des Bußenwesens gehörig betrachtet wurden. Und wenn nun gleich dieser Grund nicht auch auf die Strafbestimmung für das diebische Abmähen der Saat in der Nacht bezogen werden kann (Taf. **VIII. Fr.** 9.), so läßt sich hier doch ein anderer, auf die sämmtlichen Verbrechen gegen die Vermögensrechte gleichfalls bezüglicher Grund anführen, der nämlich, daß die öffentliche Gewalt, wenn sie auch bereits den Versuch strafbar fand und bestrafte, doch wohl keine Gelegenheit hatte, auch bei Verbrechen dieser Gattung einzuschreiten, deshalb nämlich,

---

23) **Porphyrio ad Horat. l. c.**

weil hier wohl bei einem bloßen Versuche nie ein Kläger auftrat, überhaupt Versuchshandlungen hier weniger augenfällig sind und nicht selbst einen verbrecherischen Erfolg involviren (wie z. B. dies beim Versuche der Tödtung der Fall ist).

Mit dem Bisherigen sollte nun nicht die positive Behauptung aufgestellt werden, daß das älteste Römische Strafrecht den Versuch wirklich gestraft habe, sondern nur die negative, daß die uns erhaltenen Nachrichten nicht dagegen sprechen.[24] Wie uns denn die Frage über den Versuch überhaupt hier zunächst nicht vorzugsweise berührt, da es sich wohl denken läßt, daß das Princip der Subjektivität das Strafrecht wenigstens nicht zu gleicher Zeit und auf allen Punkten durchdrungen habe, besonders ein Strafrecht, bei welchem das Princip der öffentlichen Strafe selbst nur erst in einem beschränkteren Umfange sich hatte geltend machen können. Wenn aber dies als wahrscheinlich erscheint, und namentlich da als wahrscheinlich erscheint, wo die Gesetzgebung nur eine spärliche Thätigkeit zeigt und das Meiste der Entwicklung durch Sitte und Gewohnheit überlassen bleibt, so ist es glaublich, daß man früher daran denken wird, bei einem vollendeten Verbrechen zwischen Absicht, Nachlässigkeit oder Zufall zu unterscheiden, als man darauf verfallen wird, in einer entweder an sich gleichgültigen oder auch wohl an sich schon verbrecherischen Handlung der Absicht eines weiteren und größeren Verbrechens nachzuspüren, deshalb nämlich, weil dort bereits ein fester concreter Anhaltspunkt gegeben ist, welcher hier in den meisten Fällen fehlen wird.

---

24) Schon aus der Zeit des Tarquinius Superbus übrigens begegnet uns der Fall des Tullus Herdonius, welcher, wenn gleich höchst ungerechter Weise, wegen versuchten Königsmords zur Strafe gezogen wurde. **Conlaudatis, qui Turnum novantem res pro manifesto parricidio merita poena adfecissent. Livius Lib. I. Cap. 51. 52.**

Es ist oben dargestellt worden, wie aus den Elementen des Sacralrechts und des Privatrachesystems das Römische Strafrecht sich zu dem Systeme der öffentlichen Strafen heranbildete. Allein dabei wurde zugleich bemerkt, daß das Römische Strafrecht im Fortgange der Entwicklung nicht die früheren Momente völlig fallen ließ, um in ein höheres Stadium mit seinem ganzen Inhalte hineinzutreten. Zwar die Bestimmungen des Sacralrechts kommen allmählig ab; aber das damit zusammenhängende **judicium domesticum** (die Gewalt der Hausväter ist ihnen ja nicht vom Staate gegeben, sondern beruht auf der Substantialität des auf religiösem Boden aufgetragenen Familienverhältnisses, und der Hausvater ist Richter und Priester zugleich) dauert bis in späte Zeit fort. Wenn uns aber dies als eine bloß äußerliche Beschränkung des vom Staate ausgeübten Strafrechts weniger interessiren kann, so ist dieß um so mehr mit dem Systeme der Privatrache der Fall, welches wir, in der Gestalt des Privatpönalwesens, dem öffentlichen Strafrechte an die Seite treten, und in selbständiger Geltung neben demselben verharren sehen. Die dem Begriffe nach frühere und niedrigere Form lößt sich nicht in die spätere und höhere auf; sondern beide Momente treten räumlich nebeneinander und vermitteln sich in sofern zu einer äußerlichen Einheit, als es auch im Privatpönalwesen letzlich wieder der Staat ist, welcher gesetzgebend und richtend die Verwaltung der Gerechtigkeit ordnet und beaufsichtigt. Bei dieser äußerlichen Einheit bleibt es aber auch. Die Principien bleiben in schroffer Einseitigkeit gegen einander stehen, ja gerade jenes Nebeneinanderseyn treibt sie erst recht zur Einseitigkeit hervor, wenn wir gleich daneben auch wieder Spuren von gegenseitigem Borgen finden werden. Eben dieser Dualismus nun ist das höchst Charakteristische am Römischen Strafrechte. Nur wenn wir diesen festhalten, können wir die leitenden Grundsätze richtig herausfinden und in ihrer begrifflichen Geltung verstehen.

Ergeht nun also die Aufforderung, darzustellen, in wiefern sich die subjektive Seite des Verbrechens im älteren Römischen Strafrechte anerkannt finde, so werden wir gerade hier jene beiden Seiten sorgsam auseinander halten müssen, wie wir so eben an Ludens Beispiele gesehen haben.

Von dem Systeme der Privatrache und dem daraus hervorgegangenen Bußensysteme versteht es sich nun nach dem oben Gesagten von selbst, daß hier nicht der Boden seyn kann, auf welchem wir letzlich eine Entwicklung der subjectiven Momente des Verbrechens suchen dürfen. Denn diesem Systeme ist es ja gerade wesentlich, nur auf den Erfolg, auf die äußerlich hervorgebrachte Rechtsverletzung zu sehen, in welche das Innere noch eingehüllt bleibt. Indem nämlich die Rache wesentlich eine Reaktion ist, welche, um dies seyn zu können, durch eine vorgängige Aktion hervorgerufen seyn muß, bleibt hier die Beachtung des Willens nach der Seite von Versuch und Vollendung hin ausgeschlossen. Indem ferner der Begriff des Verbrechens hier nicht aus einem Allgemeinen hervorgeht, sondern immer nur in der particularen Verletzung einer Subjectivität, in der thatsächlichen Aufhebung einer völlig äußerlichen Rechtsgleichheit, die eben so äußerlich wieder hergestellt werden muß, also in der Aufhebung einer Rechtsordnung besteht, die nicht außer dem verletzten Subjeete, sondern nur in ihm existirt, und dieses, wie zu ihrem Object, so auch zu ihrem Princip hat, so ist hier Recht und Rechtsverletzung gar nicht von den Subjecten zu trennen, sie erscheinen als ganz in diese hineingelegt und in sie verschmolzen, und der Rechtsstreit particularisirt sich durchaus zu einem Streite der beiden Subjectivitäten selbst; ebendeshalb verselbständigt sich hier der Wille nicht; die That unterscheidet sich nicht in That und Handlung; was ich thue, das zu wollen gelte ich auch, und was durch mich geschieht, davon muß ich auch die Schuld auf mich nehmen; denn indem ich den Andern verletzt

habe, ob ich es gewollt habe oder nicht, habe ich jedenfalls ein Recht verletzt, weil es kein Recht außer den Subjecten selbst, außer ihrer Forderung, ungekränkt nebeneinander zu bestehen, gibt. Andererseits, wenn ich leide, ist aus demselben Grunde jedenfalls mein Recht verletzt, ob der Andere dies beabsichtigte odor nicht; denn ich kann mich nicht damit trösten, daß eine höhere Ordnung etwa ungekränkt bestehen bliebe, und nur ich das unglückliche Opfer eines Zufalls geworden sey; sondern das Recht ist unzertrennlich in meine Subjectivität verflochten und kann nie für ungekränkt gelten, wenn diese gekränkt ist. Deshalb kann denn auch nach der Seite von Schuld und Zufall hier im consequenten Systeme der Privatrache der Wille nicht zur Selbständigkeit und Auseinandersetzung seiner Momente kommen. Endlich ist die Gerechtigkeit hier nur in der abstrakten Form der Wiedervergeltung, daher ihr Maaßstab nicht der Wille nach seinen Gliederungen, sondern vielmehr nur ein äußerlicher seyn kann. Im Römischen Rechte haben wir nun freilich nicht viel Beweise mehr aus älterer Zeit, weil die **lex Aquilia** allen früheren über das **damnum injuria datum** bestehenden Rechten derogirt hat, in dieser aber das Privatpönalwesen nicht mehr in reiner Consequenz ausgearbeitet ist, sondern bereits in jene äußerliche Annäherung zum öffentlichen Strafrechte gebracht war, wovon oben die Rede gewesen ist. So viel jedoch ist gewiß, daß in sämmtlichen oben ausgehobenen Zeugnissen des älteren Rechts die mit der **vindicta privata** und dem Privatpönalwesen zusammenhängen, von subjectiven Modificationen keine Rede, vielmehr immer der Satz absolut gestellt ist, was nun immer angeordnet werde, Talion, **noxae datio**, **addictio**, oder gewillkührte oder gerichtlich bestimmte Buße. Ja gerade in der Sphäre der Realinjurien, wo das Innere des Thäters so verschiedenartig modificirt seyn kann, ist, nach einem ausdrücklichen Zeugnisse des Gellius, zwischen culposen und dolosen Handlungen kein Unterschied gemacht worden.

Um so mehr sind wir denn mit unserer Frage an das andere Gebiet gewiesen. Denn, was einmal das Sacralrecht betrifft, so haben wir dasselbe zwar ein Rachesystem im höheren Sinne genannt, aber doch zugleich gezeigt, daß, wenn gleich noch die Götter als Persönlichkeiten beleidigt erschienen, doch hier bereits eine objective Grundlage gegeben und die Form der Unmittelbarkeit gebrochen war, womit bei der Privatrache das Recht selbst noch in den einzelnen Subjectivitäten gleichsam gefangen gelegen hatte. Der Grund des Verbrechens war aus den Einzelnen hinaus verlegt; es war anerkannt, daß das Recht seinen wesentlichen Bestand außer denselben habe. Aber der Mangel war, daß es eben bei diesem Außen blieb. Und dies ist ja der wahrhaft kindliche Standpunkt, alles Wichtige, Entscheidende, Großartige außerhalb der weltlichen Sichtbarkeit in das Gebiet phantastischer Vorstellung zu verlegen. Dadurch wird nun freilich dem Allgemeinen sein Recht angethan, die Idee wird ihrer Würde gemäß behandelt, wenn gleich sie nur erst in abstrakter Weise aufgefaßt ist; um so kläglicher kommt aber das Daseyn weg, welches die Idee in der Wirklichkeit sich geben sollte, sofern es alle Bedeutung verliert und zum Gleichgültigen, Zufälligen herabgesetzt wird. Indem nämlich der Grund der Heiligkeit des Rechts aus der Wirklichkeit hinausgeschoben und an die Personen der Götter geknüpft wird, so sinkt nun die verletzte Persönlichkeit, wie sie bei der Privatrache Alles war, jetzt vielmehr zum bloßen Accidens und äußerlichen Zeichen, ebenso aber die verletzende Persönlichkeit, zum bloßen Mittel herab, um die Zwecke der Götter an ihr durchzusetzen. Wenn also gleich das Verbrechen hier als eine Verletzung einer höheren Ordnung erscheint, und die Strafe nicht mehr im Interesse einer unmittelbaren Subjectivität, sondern im Interesse einer höheren Ordnung erfolgt, daher auch nicht mehr vom Verletzten selbst und nicht mehr in der Form unmittelbarer Wiedervergeltung vollzogen wird, wenn gleich somit aller-



dings das Sacralrecht weit über die Privatrache hinausgeschritten ist, so hängt es doch mit der Letzteren noch dadurch zusammen, daß auch bei ihm das Allgemeine noch nicht in der Form der Allgemeinheit, sondern in die Personen der Götter verlegt ist, welche als beleidigte Rächer erscheinen, und diesem Mangel entspricht der weitere, daß das Allgemeine hier unvermittelt in äußerlicher Abstraktion neben der Wirklichkeit bleibt. Denn, was an mir verletzt wird, ist ja nicht mein Recht, sondern das Recht der Götter; und für den Schaden, den ich in der Sichtbarkeit anrichte, bin ich unsichtbaren Mächten verfallen. Die Erkenntniß dieses Mangelhaften treibt denn eben das Strafrecht des Staates hervor, wo an die Stelle der Götter der Begriff des Rechts, und zwar in die Objectivität in der Form des Gesetzes eingeboren, tritt, ebenso an die Stelle des Jenseits, woraus zuvor die Strafe wie ein Blitz hervorzuckte, die jeden Einzelnen in ihrem Schooße tragende und in dem Wesen seiner Persönlichkeit anerkennende Ordnung des Staats; daher auch an die Stelle der außerweltlichen Versöhnung eine weltliche, welche jene ihrem eigentlichen Gebiete, dem Gewissen, zurück gibt. Hiernach lassen sich denn allerdings schon im Sacralrechte Bestimmungen erwarten, welche den Willen betreffen. Denn sobald nur irgend dem Rechte eine objective Grundlage gegeben, und somit dessen unmittelbare Verbindung mit der einzelnen Subjectivität aufgehoben wird, so muß nun auch in dem handelnden Subjecte That und Wille geschieden werden. Durch die zufällige That als solche kann das Allgemeine nicht als verletzt gelten, sondern nur dadurch, daß dieser zufälligen That selbst die Bedeutung des Allgemeinen gegeben, d. h. daß sie mit Willen begangen wird. Und zwar dieß um so mehr, wenn jenes Allgemeine, wie im Sacralrechte, ganz aus der Welt, worin sich die Einzelnen bewegen, abgeschieden und außer derselben verlegt wird. Denn in den Göttern ist gerade die Heiligkeit der allgemeinen Verhält-

nisse, deren Verletzungen die Verbrechen bilden, personificirt. So erscheint die Heiligkeit der Flurgränze unter die Obhut der Ceres, die Heiligkeit der Keuschheit unter die Obhut der Juno, die des Familienverhältnisses unter die Obhut der **Divi parentum**, die der ehelichen Gemeinschaft unter die Obhut der *χθονιοι θεοι* gestellt ꝛc. Indem aber die Götter wesentlich als Hüter und Schutzgeister der Verhältnisse als solcher sich erweisen, können sie auch nur dann für beleidigt gelten, wenn die Verhältnisse als solche angegriffen sind, also nur, wenn mit Willen gehandelt worden ist. Daher muß denn schon hier zwischen Absicht und Nichtabsicht unterschieden worden seyn. Allein dabei ist nun wieder zu erwarten, daß auch hier denn doch die zufällige That nicht ganz leer werde ausgegangen seyn. Denn, wenn zwar die Götter wesentlich nur die Heiligkeit der Verhältnisse in ihrer Allgemeinheit repräsentiren, so liegt doch zugleich der Werth der Persönlichkeit zu tief in solcher Kindlichkeit der Vorstellung, als daß nicht auch anf die geschützten Personen und Gegenstände in ihrer unmittelbaren Aeußerlichkeit etwas von jener Heiligkeit sollte übertragen worden seyn. Sicherlich kamen daher auch bei culposen, ja wohl sogar bei bloß zufälligen Verletzungen Opfer und dergleichen Sühnungsmittel vor. Denn, wenn man gleich sagen kann, daß im Sacralrecht recht eigenlich der Sitz des Begriffes der Schuld sey, so treibt doch zugleich das Geheimniß- und Ahnungsvolle dieses übersinnlichen Verhältnisses den menschlichen Sinn zu einer gewissen ängstlichen Scheu, die lieber zu viel als zu wenig thut; wo man sich keiner Schuld bewußt ist, sucht man doch dem Zorn der Götter vorzubeugen, für den Fall, daß denn doch irgendwo ein Anknüpfungspunkt für den Gedanken der Schuld seyn sollte. Auch beim Sacralrechte jedoch müssen wir uns mehr auf die Nothwendigkeit der Sache berufen, als daß wir bedeutende positive Belege beibringen könnten. Bei mehreren der oben ausgehobenen Bestimmungen des Sacralrechts läßt sich allerdings

keine andere, als eine dolose Verletzung denken, so beim **Patronus, qui clienti fraudem facit,** beim Manne, der ungerechter Weise seine Frau fortschickt, bei dem, **qui terminos exarassit,** bei dem, welcher diebisch bei Nacht die Saat abmäht, wohl auch bei dem **puer, qui parentem verberit etc.** Bei andern kennen wir den Thatbestand gar nicht mehr; so wissen wir nicht, weshalb die **nurus Divis parentum sacra** seyn soll; eben so wenig Aufschluß haben wir über den Sinn des: **si aliuta faxit etc.** Dagegen möchte es zweifelhaft bleiben, was von der Bestimmung über die Hure, welche den Altar der Juno berührt, zu halten, ob hier gerade nur an eine wissentliche Verletzung der Heiligkeit des Altars zu denken sey? Wenn wir freilich, was wahrscheinlich ist, die dem Numa Pompilius zugeschriebenen Bestimmungen über die Tödtung zum Sacralrechte ziehen dürften, dann hätten wir einen schlagenden positiven Beweis für das oben Gesagte. Denn einerseits heißt es hier: **Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit parricida esto;** andererseits: **ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi natis ejus in concione offerret arietem.** In dem **Parricida esto** läge dann die Sacration an irgend einen Gott, als Strafe für das wissentlich und absichtlich begangene Verbrechen; die **imprudenter** verübte Tödtung hätte aber auch nicht ganz ungesühnt bleiben dürfen, sondern es hätte dafür in der (auf religiöser Grundlage beruhenden) Versammlung den Verwandten des Getödteten ein Widder als Opfer und Buße gegeben werden müssen.

Wie nun dem auch sey, wichtiger muß uns in jedem Falle das Strafrecht des Staates selbst seyn. Denn dieses, wie wir schon gesehen, hat es wesentlich mit der Freiheit und dem Willen zu thun. In ihm erscheint das Recht als der allgemeine vernünftige Wille durch das Gesetz objectivirt, nicht mehr in die einzelne Subjectivität versenkt, nicht mehr auf außerweltlichem Boden, sondern als ein Allge-

meines, Ideelles, über dem Subjecte stehendes, aber zugleich der Realität innerlich Eingebornes. Eben deshalb nun, weil es sich hier von einem Allgemeinen, Ideellen, Geistigen handelt, welches sich ewigen Bestand geben will, kann auch von einer Verletzung desselben nur auf demselben ideellen und geistigen Boden, also nur in der Sphäre des Willens die Rede seyn. Die bloß zufällige, nicht gewollte That wird hier zum absolut Gleichgültigen herabgesetzt, und kann auch nicht einmal eine Buße oder eine Sühne herbeiführen. Von den innern Unterschieden des Willens wird später besser Gelegenheit seyn zu reden. Hier genügt es, darauf aufmerksam gemacht zu haben, daß im öffentlichen Strafrechte der Unterschied von Absicht und Nichtabsicht überall angetroffen werden müsse. Sehen wir uns nun im ältesten Römischen Rechte in dieser Beziehung um, so können wir uns freilich abermals keiner bedeutenden positiven Ausbeute freuen.

Wir wollen nun einige Stellen hierhersetzen:

Gesetz des Numa: **Si quis hominem liberum dolo sciers morti duit, parricida esto. (Festus v. Parici quaestores.)**

**Sane in Numae legibus cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi et natis ejus in cautione (concione) offerret arietem (Servius ad Virgil. Eclog. IV. v. 43. Id. ad Virgil. Georg. III. v. 387.).**

**Qui aedes acervumve frumenti juxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari jubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu i. e. negligentia, aut noxiam sarcire jubetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur. (Gajus l. IV. ad leg. XII. Tabul. in l. 9. D. de incend. ruin. naufr.)** Taf. **VIII. Fr. 10.**

wozu noch eine Stelle bei Cicero, als wenigstens über die Interpretation der 12 Tafeln Licht gebend zu ziehen seyn möchte:

**Etiam ea, quae fiunt, partim sunt ignorata, partim voluntaria; ignorata, quae necessitate effecta sunt; voluntaria, quae consilio. Quae autem fortuna, vel ignorata, vel voluntaria. Nam jacere telum voluntatis est, ferire quem nolueris, fortunae. Ex quo aries ille subjicitur in vestris actionibus: si telum manu fugit magis, quam jecit. (Cic. Top. c. 17.)** [25]

---

25) Purgatio est, quum factum conceditur, culpa removetur. Haec partes habet tres, imprudentiam, casum, necessitatem. Cic. de inventione Lib. I. c. 11. Sextus locus est, per quem consulto et de industria factum esse demonstratur et illud adjungitur, voluntario maleficio veniam dari non oportere, imprudentiae concedi nonnunquam convenire. ib. c. 53. Imprudentia est, quum scisse aliquid is qui arguitur negatur. . . . Casus autem inferetur in concessionem, quum demonstrabitur aliqua fortunae vis voluntati obstitisse. . . . Necessitudo autem infertur, quum vi quadam reus id, quod fecerit, fecisse defenditur. . . In his omnibus primum, si quid res ipsa dabit facultatis, conjecturam induci ab accusatore oportebit, ut id, quod voluntate factum negabitur, consulto factum, suspicione aliqua demonstretur: deinde inducere definitionem necessitudinis aut casus aut imprudentiae et exempla ad eam definitionem adjungere, in quibus imprudentia fuisse videatur aut casus aut necessitudo, et ab his id quod reus inferat separare, quod levius, facilius, non ignorabile, non fortuitum non necessarium fuerit: postea demonstrare, potuisse vitari: et hac ratione provideri potuisse, si hoc aut illud fecisset: aut, nisi fecisset, praecaveri: et demonstrationibus ostendere, non hanc imprudentiam aut casum aut necessitudinem, sed inertiam, negligentiam, fatuitatem nominari oportere. . . . Defensor autem conversis omnibus his partibus poterit uti. Maxime autem in voluntate defendenda commorabitur et in ea re adaugenda, quae voluntati fuerit impedimento; et se plus quam fecerit, facere non potuisse: et in omnibus rebus voluntatem spectari oportere; et se convinci non posse, quod non absit a culpa; et suo momine communem hominum infirmitatem damnari; deinde nihil indignius esse, quam eum qui culpa careat supplicio non carere. ib. Lib. II. cap. 31 33. — Adversarius autem malefacta augebit: nihil imprudenter, sed omnia ex

Indessen können diese Beispiele aus der königlichen Gesetzgebung, den 12 Tafeln, und aus den Schriften eines mit der Jurisprudenz seiner und früherer Zeit vertrautesten Mannes genügen. Wir sehen daraus, daß bei zweien der wichtigsten Verbrechen, Tödtung und Brandstiftung, von Gesetz und Interpretation ein Unterschied zwischen Absicht und Nichtabsicht gemacht wurde. Dem **dolo sciens** ist das **imprudens**, dem **sciens prudensque** das **casu i. e. negligentia** entgegengesetzt. Dabei fällt denn freilich auf, daß **negligentia** geradezu zum **casus** geschlagen wird, während sie doch auch ein positives Willensmoment ist. Wir werden aber unten sehen, daß und warum das Römische Criminalrecht in Beziehung auf die Willensunterscheidungen lange Zeit in dem einfachen Gegensatze von **dolus** und **casus** überhaupt stehen blieb. Hier möge nur vorläufig bemerkt werden, wie schon Cicero über jenen einfachen Gegensatz hinauszugehen strebt, indem er zwischen das, was **necessitate**, und das, was **consilio** geschieht, weiter das hineinschiebt, was **fortuna** geschehe. Allein, so richtig Cicero das Bedürfniß gefühlt hat, zu jenen beiden Extremen ein Drittes zu haben, welches sie vermitteln könnte, so wenig ist es ihm gelungen, dieses Dritte zu finden. Schon die Definition von **consilio facta** und **necessitate facta** durch **voluntaria** und **ignorata** ist unrichtig, da das **voluntaria** viel weiter geht, als das **consilium**, und vielmehr gerade in dem **voluntaria** das höhere Dritte liegt, wovon das **consilium** nur ein Moment darstellt. Sodann ist auch die **fortuna**, die er dazwischenstellt, ein sehr schwankender Begriff, den er nur auf die alleräußerlichste Weise zu definiren weiß, wenn er sagt, es gehöre dahin: **quae partim ignorata, partim voluntaria fiunt.** Er meint zwar deut-

crudelitate et malitia facta dicet. ib. c. 36. — Ex casu si non fortuna, sed industria factum videbitur, aut si industriae fortuna obstitisse. ib. cap. 18. cf. Auctor ad Herenn. Lib. I. c. 14. Cic. II. cap. 16. 30.

lich genug hiemit die culposen Handlungen, wie auch das angefügte Beispiel zeigt; und allerdings liegt in der **culpa** ein solches **partim velle, partim ignorare**. Allein das Wesen der **culpa**, wie wir unten sehen werden, ist dadurch nicht getroffen. Eben aber diese Unsicherheit und Aeußerlichkeit der Ciceronianischen Bestimmung beweist uns zugleich, daß die Gesetze bis zu seiner Zeit über den einfachen Gegensatz von **dolus** und **casus** noch nicht hinausgekommen seyn können.

So haben wir denn noch in der Gesetzgebung der 12 Tafeln ein völlig unvermitteltes Nebeneinander von äußern und innern Rechtselementen. Bestimmungen des Sacralrechts stehen neben den aus dem Systeme der **vindicta privata** hervorgegangenen, und zwischen beiden arbeitet sich sichtlich das öffentliche Strafrecht hervor, wie besonders die darin anerkannte Gerichtsbarkeit der Centuriatcomitien, die Aufstellung der **quaestores parricidii**, die strengen Maaßregeln gegen Bestechlichkeit der Richter, gegen Lügenhaftigkeit der Zeugen ꝛc., zugleich die Zurückdrängung des Sacralrechts auf das häusliche und das Clientelverhältniß zeigen. Wie aber die äußern Bestandtheile des Römischen Strafrechts hier noch in Einer Gesetzgebung neben einander bestehen, so auch die innern Grundsätze. Die Privatdelicte und öffentlichen Verbrechen sind hintereinander abgehandelt; bei jenen der rein objective, bei diesen ein subjectiver Gesichtspunkt anerkannt.

Der weitere Fortschritt mußte nun darin bestehen, daß diese disparaten Elemente selbständig hervorzutreten und zu eigenthümlicher Entwicklung sich zu besondern hatten. Dabei mußte, nach dem bisher Gesagten, der Rest von Sacralrecht sich vollends ganz in öffentliches Strafrecht auflösen, weil der Begriff des Rechts nicht zwei allgemeine Grundlagen (in Religion und Staat) neben einander behalten konnte. Dagegen mußten andererseits, zufolge des eigenthümlichen Wesens des römischen Staats, das Privatpönal-

wesen und das öffentliche Strafrecht in einen harten Dualismus gegen einander hinaustreten. So ging denn auch der Begriff des Verbrechens ganz bestimmt in den Gegensatz von delicta privata und delicta publica (crimina) auseinander, zwischen welchen als eine Art von Zwittergattung die sogenannten delicta popularia mitten inne standen. Die Ausbildung des Privatpönalwesens schloß sich der Civiljurisprudenz an, weniger durch Gesetze, als durch die Edicte der Obrigkeiten vermittelt, wie sie denn auch ganz vor die Civilgerichte ressortirten. So war die Trennung schon äußerlich vollständig, denn die Ausbildung der crimina schlug ganz andere Wege ein. Sie war von der Religion an den Staat gekommen, und daher nahm sich auch anfangs der Staat in seiner unmittelbarsten Erscheinung ihrer an. Von den Königen war die Strafgerichtsbarkeit an die Consuln gekommen, weil die Consuln noch als ein Schatten von monarchischem Moment gelten konnten. In der Revolution jedoch, welche der Decemviralgesetzgebung vorherging, hatte sich die Demokratie so mächtig angekündigt, daß von nun an allein das Volk noch als Bewahrer der Souveränität, die Obrigkeiten aber nur noch als Stellvertreter des Volks gelten konnten. Indem nun jetzt die Criminalgerichtsbarkeit die wesentliche Tendenz hatte, an den Staat zu kommen, so war es ganz natürlich, daß die Volksversammlung selbst als Trägerin der Idee des Staats gerade die wichtigste Parthie zu ihrem eigenen Fache schlug. Daher der Grundsatz, daß de capite civis nur in comitiis centuriatis gerichtet, und daß überall an diese provocirt werden dürfe. Daher die vielen auch für die comitia tributa ressortirenden geringeren Vergehungen. Daneben blieb zwar auch dem Senate[26] einer-, und den Obrigkeiten andererseits ein ziemlich ausgedehnter Kreis von Criminalgerichtsbarkeit. Allein die letzteren mußten immer entweder Ver-

---

26) Dirksen Civilist. Abhandlungen Bd. I. N. 2.

handlung und Entscheidung selbst vor die Volksversammlung bringen, oder erschienen sie doch nur als Mandatare von dieser, abgesehen davon, daß nicht allein die Provocation als allgemeine Regel galt, sondern auch durch den Grundsatz der Intercession und der bloß jährlichen Dauer der Magistraturen gehörige Garantie dafür gegeben war, daß die Gerichtsbarkeit im Sinne des Allgemeinen werde verwaltet werden. Andererseits hatte allerdings auch der Senat eine ziemlich ausgedehnte Wirksamkeit. Er hatte namentlich, wo Gefahren der Existenz des Staates selber drohten, die Befugniß, vorbeugend einzuschreiten, und konnte überhaupt in Verbindung mit den höheren Beamten Manches im Administrativwege vorsorglich abmachen, wo eigentliche Untersuchung, sozusagen post festum, gekommen wäre. Ebenso war er bei verbrecherischen Tendenzen, die sich außer Rom bemerklich machten, theils administrative, theils wirklich richterliche Behörde, wie er denn hier namentlich über Hochverrath, Verschwörungen, Vergiftung, Mord und Todtschlag zu erkennen hatte.[27] Allein auch in dieser Stellung des Senates ist das Princip nicht zu verkennen, daß er nur als Organ des Souveräns selbst thätig war. Wenn das Volk in seinen Versammlungen als compacte Macht erschien, so stellte der Senat gleichsam seinen reflektirenden Verstand vor, der theils für die Energie des handelnden Volks die nöthigen Vorbereitungen zu treffen, theils dieselbe mit der Aeußerlichkeit der außerrömischen Besitzungen zu vermitteln hatte. Ueberall, bei dem Ineinanderlaufen der verschiedenen Fora, bei dem allgemein geltenden Grundsatze der Intercession, bei den Variationen in den Wirkungs-

27) *Ὁμοιως και ὁσα των ἀδικηματων, των κατ' Ιταλιαν, προςδειται δημοσιας ἐπισκεψεως, λεγω δε ὁιον προδοσιας, συνωμοσιας, φαρμακειας, δολοφονιας, τῃ συγκλητῳ μελει περι τουτων.* Polyb. Histor. Lib. 6. cap. 13. ed. Schweighaeus. cf. Cicero in Bruto. c. 22. Plutarch. Parall. pag. 315. edit. Francof. 1599. Fol.

kreisen der Beamten, bei der durch die politischen Kämpfe in fortwährendem Schwanken erhaltenen Stellung von Senat und Volk zu einander — bei alledem erkennen wir doch das deutliche Bestreben des Volks, als Träger der Idee des Römischen Staats, die Criminalgerichtsbarkeit so weit als möglich in seine eigene Verwaltung zu nehmen. Allein wir sehen, daß dies nicht einmal ursprünglich consequent durchgeführt werden konnte, sofern das Volk in seinen Versammlungen zwar Gesetze geben und richten konnte, aber doch theils den Senat als Organ für Italien und die Provinzen neben sich anerkennen, theils in den Beamten sich Augen geben mußte, welche seiner Blindheit zu Hilfe kämen. Denn die Masse als solche kann nie die Trägerin geistiger Entwicklung seyn. Sie kann zwar in einem gegebenen Falle zu einem Fokus der öffentlichen Meinung werden; aber nur einer öffentlichen Meinung, die auf einer mit allen temporären Zufälligkeiten behafteten Grundlage beruht. Wenn daher die Masse zugleich als Gesetzgeberin und als Richterin auftritt, so wird in ihrer Entscheidung nicht das wesentliche Entwicklungsmoment des Begriffs rein hervortreten, sondern demselben wird alle die räumliche und zeitliche Zufälligkeit anhängen, welche in der Voraussetzung des concreten Falls liegt. Wenn man aber auch hievon absehen wollte, so erweist sich die Ausübung der Criminalgerichtsbarkeit durch die Masse in doppelter Hinsicht als mangelhaft; einmal hinsichtlich des Umfangs des Staatsgebietes, wenn dieses in Mutterland und Provinzen unterschieden ist; — denn, sobald diese Masse nur aus Vertretern des Mutterlands und nicht zugleich aus Vertretern der Provinzen zusammengesetzt ist, concentrirt sich ihr Interesse natürlich nur auf ihres Gleichen und das, was sie zunächst angeht; sodann auch hinsichtlich der concreten Gelegenheiten zur Ausübung der ihr zustehenden Macht, sofern ihre Schwerfälligkeit sie hindert, sich auch minder bedeutenden Fällen zu widmen, oder, wenn sie dies thut, deren particuläre Natur verwirrt und

zu unnatürlichem Interesse hinaufschraubt. Denn die Masse kann nicht von selbst zum Handeln sich erregen, sie bedarf eines Ferments, und, wenn sie dieses empfangen und verdaut hat, so kommt sie dann in die weitere Gefahr hinein, daß ihre Entscheidung, unbekümmert, ob sie auf allgemeine und nothwendige, oder auf partikuläre und zufällige Grundlagen gebaut sey, jedenfalls den Schein des Absolutgültigen und Allgemeinen annimmt, daß sie also dem Rechte seine formelle Entwicklung gibt, ohne seinen Gehalt rein in sich aufzunehmen. — Daher kam es denn, daß sich auch im Criminalrechte die politischen Verworrenheiten und Kämpfe der Zeit abspiegelten, indem in vielen Fällen sowohl Anklage, als Verurtheilung durch Partheileidenschaft motivirt wurde — daß das Volk, trotz seines Strebens, soviel als möglich, theils im Wege der ersten Instanz, theils in dem der Provokation an sich zu ziehen, denn doch die Mehrzahl von Fällen den Magistraten überweisen, und selbst da, wo es die Existenz des Staates selbst galt, die Wahrung seines Interesses dem Senate überlassen mußte; — daher ferner, daß sich das Volk auf die außer Rom begangenen Verbrechen gar nicht einlassen konnte, wie denn auch oft bei den in Rom begangenen Verbrechen, um dem Volk die Cognition aus den Händen zu nehmen, der Senat den Ausweg ergriff, die Verbrecher durch **capitis deminutio** dem Volke zu entziehen, und als Peregrinen unter sein Forum zu stellen. Dies waren denn freilich offenbare Mängel, welche zur Abhilfe drängten; und letztere konnte auch bei einem so von Grund aus juristischen Volke, wie dem römischen, nicht wohl ausbleiben. Ob jedoch die gedachten Inconvenienzen zu den Klagen berechtigen, welche Roßhirt[28] anstimmt, möchte denn doch wohl noch zu bezweifeln seyn. Dieser behauptet nämlich gerade zu, es habe kein System der einzelnen Delikte gegeben, sondern, wenn auch manche Uebelthaten durch ihr häufiges und regelmäßiges Vorkommen

28) N. Archiv des Crim.-Rechts. Bd. XI. §. 1. N. 1.

in der Volkssprache ihren Namen gehabt, so sey doch weder hierauf etwas angekommen, noch überhaupt im innern Criminalrechte irgend etwas technisch gewesen. Wenigstens sind seine Beispiele (**Liv. Lib. 8. c. 18. u. Lib. 38. c. 51.**) nicht glücklich gewählt. Denn, was den Proceß des **Scipio Africanus** betrifft, so dürfte dieser zu Ableitung allgemeiner Folgerungen nicht eben der tauglichste seyn, und, wenn über den andern der angeführten Fälle behauptet wird, man sehe daraus, daß über Mord und Todtschläge und deren Arten gar keine juristische Technik existirt habe, so müssen wir gestehen, daß wir dies rein nicht verstehen. Von Todtschlag handelte es sich hier gar nicht, sondern von Giftmord; und wie ist denn von Livius juristische Technik zu erwarten? Und wenn, so wäre ja die Technik seines Zeitalters zu erwarten; der Mangel könnte also nichts für die Zeit beweisen, von welcher er gerade in jener Stelle spricht. Beweisen aber die Beispiele nichts, so ist von der Behauptung an und für sich selbst noch weniger zu halten. Wie soll denn daraus, daß die Ausübung der Criminalgerichtsbarkeit mit politischen Kämpfen zusammenhing, folgen, daß es kein System der einzelnen Delicte gegeben habe, und daß überhaupt im inneren Criminalrechte nichts technisch gewesen sey? Zugegeben, daß die Entscheidungen der Volksversammlungen oft genug eine zufällige Färbung angenommen haben mögen, so lag doch jedesmal in der Entscheidung selbst die formelle Gültigkeit, d. h. das Technische, das Vorbild für künftige Fälle, das Gesetz für das betreffende Verbrechen. Wollte man aber auch hinsichtlich der unmittelbar für das Volk ressortirenden Verbrechen behaupten, die Zufälligkeit der Anregung seiner Thätigkeit habe ein System unmöglich gemacht, so ließe sich doch dies nicht von denjenigen Verbrechen sagen, welche zur Cognition des Senats und der Beamten gehörten. Diese mußten doch etwas haben, woran sie sich halten konnten, und in der That beweist ja schon die Zutheilung verschiedener Verbrechen an verschiedene Fora,

daß man sie nach ihrer besonderen Natur bestimmt unterschied, und darin liegt ja eben das Technische. Ueberdies erweist sich jene Behauptung durchaus als ungerecht, wenn man auch nur die uns erhaltenen Fragmente der 12 Tafeln ansieht. Wir finden dort Privat- und öffentliche Delikte geschieden, wir finden den Thatbestand kurz und energisch beschrieben, die Strafe, oft mit mannigfaltigen Modificationen, je nachdem es sich von einem **Pubes** oder **Impubes**, von einem Freien oder Sklaven handelte, festgesetzt, wir finden Bestimmungen über die Fora u. dgl. Wir kennen außerdem aus andern Quellen mit ziemlicher Genauigkeit die Gerichtsbarkeit des Senats und deren Verhältniß zu der Jurisdiction des Volks und der der Magistrate, welches Verhältniß sich neben Lokalrücksichten hauptsächlich auch auf die verschiedene Natur der Verbrechen selbst gründete. Cicero [29] hat uns endlich die Strafarten aufbehalten, deren Mannigfaltigkeit gleichfalls wieder darauf schließen läßt, daß Verbrechen sehr bestimmt unterschieden wurden und nicht „der Begriff von Unrecht und Verbrechen außer den Fällen der **leges sacratae** lediglich durch das lautfühlbare Bedürfniß und durch die Volksmoral sich bestimmte," oder „die Uebelthaten bloß durch ihr häufiges und regelmäßiges Vorkommen in der Volkssprache ihre Namen hatten." — Allerdings war bis auf die Zeiten von Sulla die gesetzgeberische Thätigkeit nur sehr spärlich; aber eben dieser Zeitraum der politischen Kämpfe war auch nicht dazu bestimmt, schöpferisch zu seyn. In demselben hatte sich vielmehr der Stoff der 12 Tafeln auszuarbeiten. Die hier noch neben einander stehenden Gegensätze hatten selbständig auseinander zu treten. Das öffentliche Strafrecht mußte sich in der bestimmten Abgränzung gegen das Privatpönalwesen seines

29) Octo poenarum genera in legibus continentur; damnum, vincula, verbera, talio, ignominia, exilium, mors, servitus. (Cic. de Legibos bei Augustin. de civitate dei. Lib. 21. cap. 11. cf. Isidor. Orig. Lib. V. cap. 27.

Bodens erst recht bewußt, seine Bedürfnisse mußten ausgesprochen werden. Hiezu war nun gerade jene mangelhafte Verwaltung der Strafgerichtsbarkeit von Seiten der Staatsgewalt unmittelbar recht eigenthümlich geschickt. Denn die Forderungen der Zeit verklangen nun nicht ungehört an der formalen Gebundenheit und Starrheit von Richtercollegien, sondern indem sämmtliche Richter zugleich Organe der Gesetzgebung, Glieder der Staatsgewalt selbst und Träger der allgemeinen Bewegung waren, verbanden sie beides, die Anwendung des Bestehenden im concreten Falle, und die Erkenntniß und sofortige Ergänzung des Fehlenden. Wir müssen uns also gerade in jener in Beziehung auf Gesetzgebung so ruhigen Zeit die höchste Gährung im Innern des Criminalrechts denken. Volk, Senat, Beamte, Juristen, Redner, Alles arbeitete daran, interpretirend, raisonnirend, angreifend, vertheidigend, und so den Stoff für die Gesetzgebung schaffend. Und sicher war diese Einwirkung des bewegten, ja zerrissenen politischen Lebens durchaus wohlthätig, indem dadurch alle Bedürfnisse der Zeit, alle in der Masse ruhenden Bildungsstoffe ans Tageslicht und in das öffentliche Bewußtseyn heraufgefördert wurden. Sobald diese Arbeit vollendet war, sehen wir nun auch sogleich eine ziemlich umfassende Gesetzgebung erscheinen, und zwar um so rascher, je länger die Gährung vorher gedauert hatte, zum deutlichen Beweise, daß diese Gesetzgebung nicht als die Schöpfung neuer Elemente angesehen werden darf. Ihre Arbeit war vielmehr nur, den in der Gährung allmählig entwickelten und längst im öffentlichen Bewußtseyn befindlichen Momenten formellen Bestand und nothwendiges Daseyn zu geben. Nun war aber auch zugleich jene unmittelbare Verbindung des Criminalrechts mit der Staatsgewalt selbst weder mehr Bedürfniß, noch ersprießlich. Das erste nicht, weil die gedachte Verbindung ihre wesentliche Arbeit vollbracht hatte, das zweite nicht, weil es sich nun eben davon handelte, den gefundenen

neuen Elementen formellen Bestand und ruhige Sicherheit zu geben, welche nur durch die gleichfalls formale Gebundenheit von Richtercollegien verbürgt ist. Die Staatsgewalt mußte die Möglichkeit, abermals unmittelbar zu neuern und umzugestalten, gleichsam selbst aus den Händen legen. Nun kannte man das Institut der **quaestiones** bereits, namentlich vom Senate her, und es war sehr characteristisch, daß diese Einrichtung nun verallgemeinert und sogenannte **quaestiones perpetuae** angeordnet wurden. In dieser Einrichtung war somit den beiden Mängeln abgeholfen, womit das Römische Criminalrecht in der republikanischen Zeit behaftet gewesen war. Mit derselben trat nun aber auch erst das öffentliche Strafrecht dem Privatpönalwesen formell bestimmt recht scharf gegenüber.

Die äußere Entwicklung dieses Gegensatzes nun, in Bezug auf die Fora, Personen der Richter, processualisches Verfahren u. s. w., gehört nicht hierher. Wir müssen sie aus der Geschichte des Römischen Strafrechts als bekannt voraussetzen, zugleich sie aber uns immer gegenwärtig erhalten, weil es zum Verständniß der innern Verschiedenheit beider Gebiete durchaus nöthig ist, sich auch deren äußeren Gegensatz in seiner ganzen Schärfe vorzustellen.

Es ist schon oben aus dem Begriffe selbst entwickelt worden, daß und warum im Gebiete des auf der Grundlage der **vindicta privata** ruhenden Privatpönalwesens von einem Hervortreten der subjectiven Seite des Verbrechens consequenterweise nicht die Rede seyn könne. Werfen wir jetzt einen Blick auf die römischen Privatdelikte, um zu sehen, was uns das positive Recht hier darbietet! —

Den Grundsatz, daß es bei Privatdelikten überall auf den Erfolg ankomme und von einem Versuche hier nicht die Rede seyn könne, finden wir mannigfach ausgesprochen, z. B.:

**Nam statuit verbum rem perfectam significat et consummatam injuriam, non coeptam. Et ideo si inter eos quis dixerit jus, inter quos jurisdictionem non**

habuit, quoniam pro nullo hoc habetur, nec est ulla sententia, cessare Edictum putomus; quid enim offuit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum? L. 1. §. 2. D. quod quisque jur. in alt. [30]

Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit. L. 21. §. 7. D. de furtis.

Si curaverit quis convicium alicui fieri, non tamen factum sit, non tenebitur. — Abduxisse videtur, ut Labeo ait, non qui abducere comitem coepit, sed qui perfecit ut comes cum eo non esset. L. 15. §. 10. 17. de injuriis.

Ueberhaupt versteht es sich ja überall, wo eine Buße als Ersatz oder Vervielfachung des Schadens festgesetzt ist, von selbst, daß das Verbrechen vollendet seyn muß, um das Quantum bestimmen zu können.

Minder einfach stellt sich die Sache, wenn wir nach dem andern Momente der subjektiven Seite, nämlich nach der inneren Unterscheidung des Willens fragen. Folgerichtig, haben wir gesehen, sollte hier auch der bloße Erfolg entscheiden und gar nichts darauf ankommen, ob eine bloße That oder eine Handlung vorliege, und, wenn letzteres, ob direkte Absicht zu schaden, oder bloße Nachlässigkeit vorhanden gewesen sey. Bei mehreren Privatdelikten leidet denn auch dies vollkommene Anwendung, insofern es faktisch bei ihnen immer auf diese Indifferenz hinauskommt, bei denen nämlich, in deren Natur es liegt, überhaupt nur mit direktem Willen begangen werden zu können; denn, wo nun dieser fehlt, da ist auch gar kein Verbrechen vorhanden. Hier kann daher von einem Unterschiede zwischen dolus, culpa u. dergl. gar nicht die Rede seyn. So beim

30) Cf. l. 5. § 2. D. ne quis eum, qui in jus vocat. l. 27. § 17. D. ad leg. Aquil. Wächter Lehrbuch § 58. Not. 67. 1. Crepp l. c. Sect. I. p. 71 ff. A. M. Lubeck a. a. O. S. 257 ff.

Diebstahl, von dem es deshalb heißt: **quia furtum sine affectu furandi non committatur. (§ 7. J. de obl. quae ex del.). — Et placuit,** ***quia furtum ex affectu consistit*****, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit et ob id intelligat se delinquere (§ 18. J. eod.).** [31] Gleichermaßen wird vom Raube gesagt: **Ita tamen competit haec actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus rem suam esse existimans et imprudens juris eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus: absolvi debet. (§ 1. J. de vi bon. rapt.).** Was nun beim Diebstahl in der Natur der Sache lag, das ist beim Raub eine erst durch die Reflexion hervorgebrachte Unterscheidung. Sofern nämlich der Raub im eigentlichen Sinne nur im gewaltthätigen Wegnehmen fremder Sachen, die man auch für fremde hält, besteht, kann es eben so wenig ein Raub, als ein Diebstahl heißen, wenn man ein solches gewaltthätiges Wegnehmen ausübt, in der Meinung seine eigenen Sachen wegzunehmen. Damit fällt nun aber das Unerlaubte auch eines solchen gewaltthätigen Wegnehmens nicht hinweg, und eben deshalb sagt Justinian: **Sed ne, dum talia excogitantur, inveniatur via per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem vel se moventem, licet suam eandem rem existimet.** Es erscheint also das Vergehen der gewaltthätigen Besitzergreifung im spätern Rechte gespalten in das des Raubs und das der unerlaubten Selbsthülfe (wobei bemerkenswerth ist, daß doch selbst Justinian noch den Ausdruck **raptores** promiscue gebraucht). Unter dieser Voraussetzung mußte natürlich in den Begriff des eigentlichen Raubs das Moment des **dolus malus** aufgenommen wer-

---

31) cf. Cajus III. § 183—208.

den. Denken wir uns jedoch die Zeit der Privatrache selbst, so wurde hier gewiß jene Unterscheidung nicht gemacht, vielmehr nur die gewaltthätige Wegnahme selbst als das Hauptsächliche betrachtet, ohne Rücksicht auf die Absicht oder Meinung des Gewaltthätigen. Der Prätor aber hat sich nun einmal in diese Allgemeinheit nicht eingelassen und sein **judicium** nur für einen Fall versprochen, wo denn freilich **dolus** als Requisit aufgenommen werden mußte.[32] Ebenso liegt der **dolus** auch im Begriff der eigentlichen **injuria**, welche ja ausdrücklich als **contumelia** definirt wird. — Bei allen diesen Privatdelicten tritt somit das subjektive Moment nie in Unterscheidung heraus, sondern bleibt vielmehr immer in den Begriff des Verbrechens an sich versenkt. Es ist daher richtig: **furtum, rapina, injuria** können nur eine Klage nach sich ziehen, wenn sie **dolo** verübt werden; aber eben so richtig ist, daß sie überhaupt nur **dolo** verübt werden können, und ohne dieses Requisit von der Existenz des ganzen Delicts nicht die Rede seyn kann. Damit soll nun aber nicht geläugnet werden, daß die Lehre von diesen Privatdelicten in ihrer weitern Entwicklung auch wirklich fremde, dem Privatpönalwesen als solchem nicht angemessene Bestimmungen in sich aufgenommen habe. Vergleichen wir z. B. das älteste beim **furtum** geltende Recht mit demjenigen, was der Prätor später darüber aufgestellt hatte, so finden wir in jenem, abgesehen von dem auf anderen Principien beruhenden Rechte der Tödtung des nächtlichen Diebs rc., das System der **vindicta privata** noch ziemlich rein. Der **fur manifestus** wird nach den 12 Tafeln **verberatus** dem Damnificaten addicirt; für das **furtum nec manifestum** setzen sie die **Poena dupli**, für das **furtum conceptum et oblatum** die **Poena tripli** fest. In jener **addictio** liegt noch die thatsächliche Rache, wie solche auch nachher noch in den Noxalklagen stehen geblieben

32) l. 2. pr. D. vi bon rapt.

ist. Daneben fand aber bereits bei den minder schweren Fällen die Verwandlung der thatsächlichen Rache in das Aequivalent der Buße statt, welches sodann das prätorische Edikt auch bei dem **furtum manifestum** in Anwendung brachte. Dabei ist es deutlich, daß alle Strafe lediglich von dem vollkommenen Erfolge abhängt, wie sich bei dem **furtum manifestum** und dem **furtum conceptum et oblatum** der Natur der Sache nach versteht, bei dem **furtum nec manifestum** sich aus dem Zusammenhange des Strafquantums mit dem Werthe der gestohlenen Sache beweist. Ebenso dürfen wir annehmen, daß nach innerlichen Momenten nicht werde gefragt worden seyn; wenigstens geht dies aus dem Wesen des **furtum conceptum, oblatum, prohibitum, non exhibitum** hervor. Cajus selbst sagt noch, bei dem **furtum conceptum et oblatum** werde die **actio** gegeben, **quamvis fur non sit, apud quem res inventa sit,** oder **qui obtulerit. Jan. a Costa** und **Heineccius** sprechen sich zwar gegen **Cujacius** dahin aus, daß das Bewußtseyn von der Qualität der Sache als **res furtiva** habe vorhanden seyn müssen. Aber wohl mit Unrecht, wenn es gleich factisch auf das Fragen nach diesem Umstande hinausgekommen seyn mag. In der Idee lag es aber gerade nicht. Ward das **furtum lance et licio conceptum,** so war die Privatrache ebenso begründet, wie wenn man den Dieb auf handhafter That ergriff. Sie knüpfte sich lediglich an das Objekt und war nun eben für den Unschuldigen, wenn man die gestohlene Sache bei ihm vorfand, oder wenn er sie unwissend offerirt hatte, ein Unglück. Freilich läßt sich dies nicht positiv beweisen, da wir in den ältesten Nachrichten über diese Arten des **furtum** bereits Buße angesetzt, also bereits ein der Willkührlichkeit der Subjektivität entnommenes allgemeineres Moment geltend gemacht finden. Denn darauf ist allerdings zu sehen, daß das Wesen der **vindicta privata** im Privatpönalwesen niemals unmittelbar wiederscheint, sondern vermittelt auf eine

höhere Stufe tritt, sofern eben jene subjektive Willkühr durch einen allgemeineren (wenn gleich nur abstrakten) Maaßstab geregelt wird. Diese Verallgemeinerung zeigt sich aber zunächst nur in der Festsetzung eines bestimmten Bußquantums, wobei der Begriff und die Requisite des Verbrechens unbestimmt bleiben und lediglich auf den Erfolg Rücksicht genommen wird. Weiter liegt nun in jener Verallgemeinerung allerdings noch zweierlei. Einmal hat sie nämlich zu ihrem Maaßstabe die Gewohnheit der rechtlich und billig Denkenden; sodann, indem die Buße selbst auf der Voraussetzung eines Vergleichs beruht (was beim **furtum** im ältesten Römischen Rechte noch in ausdrücklicher Anwendung erscheint), scheint auch aus diesem Grunde im concreten Falle immer die Berücksichtigung, ob Schuld oder Unschuld vorhanden sey, schicklich zu seyn. Es ist also zu erwarten, daß der Richter, welcher gleichsam jene Gemeinschaft der rechtlich und billig Denkenden in seiner Person vertritt, im concreten Falle die gedachte Rücksicht gleichfalls nehmen werde. Allein dies ist eben das Charakteristische in dem betreffenden Rechtsgebiete, daß solche Berücksichtigung der inneren Seite zwar vorkommen kann, aber einestheils nicht nothwendig vorkommen muß und anderntheils nicht in der Sphäre des formalen Rechts selbst, sondern in der gegen diese äußerlichen und gleichgültigen Sphäre der richterlichen Beurtheilung vorkommt. Sie darf daher durchaus nicht als ein zum Privatpönalwesen gehöriges Requisit aufgefaßt, vielmehr muß anerkannt werden, daß sie dessen eigenster Natur widerstrebt und es in die höhere Sphäre des öffentlichen Strafrechts hinübertreibt. Denn darin eben liegt die Unangemessenheit des Privatpönalwesens in sich und der Grund, warum es in der Entwicklung des strafrechtlichen Begriffs nur als Uebergangsform erscheinen kann, — daß darin zwar wohl ein allgemeines Moment sich geltend macht, aber dieses Allgemeine selbst wieder nicht in der ideellen Form, sondern selbst noch auf dem Standpunkte der

Subjektivität, nämlich als das Organ der vorausgesetzten rechtlichen Gesinnung der absoluten Mehrzahl der Subjekte erscheint, woraus denn hervorgeht, daß der Begriff und die Erfordernisse des Verbrechens hier nur erst in der Form gewöhnlicher Vorstellungen erscheinen können, namentlich also auch die Entwicklung der Seite des Willens, da diese von der Voraussetzung des objektiv gewordenen selbstbewußten Gemeinwillens und seines Verhältnisses zum besondern subjektiven Willen abhängt, noch nicht in formaler Weise vor sich gehen kann, vielmehr gleichfalls der willkührlichen und zufälligen Sphäre der herkömmlichen Vorstellungen überlassen bleiben muß. Wo nun aber das Bußensystem nicht eine bloße Uebergangsform bildet, sondern eine selbständige Stellung auch neben dem öffentlichen Strafrechte fortbehält, wie im Römischen Rechte, da darf es nun freilich nicht befremden, wenn im Laufe der Zeit mehr und mehr fremde Elemente in dasselbe Eingang gewinnen. Es sind dies Rücksichten, welche eigentlich die Starrheit des ganzen Systems brechen und dasselbe in das öffentliche Strafrecht hinüberführen sollten, und die nun, da sie dies nicht vermögen, mit fremdartigem Wesen in der niederen Form stehen bleiben, als charakteristische Merkzeichen jener dem ganzen römischen Wesen anklebenden dualistischen Zerrissenheit. Wenn denn also gleich zugegeben werden mag, daß der Richter auf die **actio concepti, oblati, prohibiti &c.** nicht werde verurtheilt haben, wenn nicht neben dem objektiven Moment der furtiven Qualität der Sache auch gewiß gewesen sey, daß der **offerens &c.** hievon gewußt habe, so lag dies, wie gesagt, nicht in der gesetzlichen Bestimmung, welche sich vielmehr hiegegen gleichgültig verhielt, wie wir denn in den Quellen nirgends lesen, daß das Gesetz auch nur entfernt darauf hingedeutet hätte. Im Gegentheile gibt das ganze symbolische Wesen bei dem **furtum lance et licio conceptum** Gewähr dafür, daß die betreffenden Bestimmungen allgemein gehalten und genommen worden

5 *

seyn werden. Eben darauf weist aber auch der Verlauf der Ausbildung dieser Rechtsmaterie hin. Bekanntlich kamen nämlich jene **actiones concepti, oblati** u. s. w., wie Gellius sagt, durch die **lex Aebutia** ab; und der Prätor faßte seine Ankündigung allgemein dahin ab, daß er die Klage gegen denjenigen gebe, **qui furtum fecit**, u. **cujus ope et consilio factum est.** Wenn hier der Prätor den Gehülfen allgemein dem Diebe gleichstellt, sonach Wissenschaft und somit auch **dolus** als Requisit bei ihm festsetzt (**quum manifestum sit, quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt**), und wenn man zugleich annehmen muß, daß er hier einen Fortschritt gemacht habe, so kann dieser Fortschritt doch wohl nur eben in der formal allgemeinen Anerkennung jenes subjectiven Moments liegen, und es läßt sich daraus schließen, daß eine solche Anerkennung in den früheren gesetzlichen Bestimmungen gefehlt, daher denn eben der Prätor an die Stelle der symbolisch particularisirten und völlig objectiv hingestellten Anordnungen die allgemeinere durch das Moment der Subjektivität vermittelte Bestimmung gesetzt habe. Daß nun aber hiedurch dem Privatpönalwesen ein fremdes Element eingeimpft und diesem denn doch wieder nicht diejenige weitere Entwicklung gegeben wurde, welche der Begriff forderte und welche freilich das Privatdelict in den Kreis der **delicta publica** hinübergetrieben haben würde, das sieht man am besten an der weiteren Bestimmung: **Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.** — Aehnlich verhält es sich mit einem andern merkwürdigen Privatdelicte, den Injurien. Noch in den 12 Tafeln ist hier für das **membrum ruptum** ausdrücklich die Talion, also die Privatrache in unmittelbarster Form anerkannt; für andere Fälle ist, abgesehen von dem mit öffentlicher Strafe bedrohten **carmen famosum**, Buße nach ver-

schiedenen Modifikationen festgesetzt. In Beziehung auf dieses Delikt haben wir durch Gellius das ausdrückliche Zeugniß, daß zwischen doloser und culposer Begehung nicht unterschieden worden sey. Aber auch hier sehen wir im Laufe der Zeit ein dem Privatpönalwesen fremdes Moment sich eindrängen, nämlich die Beschränkung des Begriffs auf die dolose Injurie und die Ausdehnung der **actio** auf den Gehülfen. Andrerseits zeigt sich jedoch auch hier dieselbe Unfruchtbarkeit des fremden Elements, indem nun doch gesagt wird: **Si curaverit quis convicium alicui fieri, non tamen factum sit, non tenebitur.** Zugleich ist zu bemerken, daß das Gesetz, sofern es den Begriff des Verbrechens auf die **affectu injuriandi** begangene Handlung beschränkte, zwar allerdings eine subjektive Bestimmung in sich aufnahm, aber zugleich die Entwicklung der subjektiven Seite in ihre Unterschiede negirte, somit immer noch einen entschiedenen Gegensatz gegen das Princip des öffentlichen Strafrechts in sich festhielt. — Besonders eigenthümlich hat sich endlich die Folge des mehrgedachten Dualismus an dem weiteren Privatdelikte des **damnum injuria datum** bethätigt. Vom ältesten Rechte wissen wir auch hier wenig mehr, als das Allgemeinste; aber doch erkennen wir wenigstens soviel, daß in allgemeinster Weise für das Vergehen Buße festgesetzt war. Um so bekannter ist das Gesetz, welches allen früheren Bestimmungen in dieser Sphäre derogirt hat, das Aquilische; und, da die Erscheinung dieses Gesetzes gerade in den Zeitraum zwischen den 12 Tafeln und Sulla fällt,[34] so scheint es paßlich, hier etwas näher einzugehen. Auch hier war ein subjektives Moment in das Gesetz aufgenommen, jedoch in anderer Weise, als bei den bisher betrachteten Privatdelikten. Es hieß darin nämlich: **Qui servum**

34) Heinuccius Syntagma. Lib. IV. Cap. 3. § 4. Cicero Brut. Cap. 34. Theoph. ad J. IV. 3. § 15. l. 1. 1. D. ad leg. Aquil. Hasse die Culpa des Röm. Rechts.

servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto. — Und den Begriff dieser injuria bestimmt Ulpian (Lib. XVIII. ad Ed.) näher so:

> Injuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa injuriarum actionem contumeliam quandam; sed quod non jure factum est, hoc est, contra jus, id est, si culpa quis occiderit. . . . Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit. L. 5. § 1. D. ad leg. Aqu.

wozu noch folgende Stellen kommen:

> Coll. leg. Mosaic. tit. 2. § 5. Paulus libro sing. et titulo de injuriis. — Generaliter dicitur injuria omne, quod non jure fit. Specialiter alia est contumelia, quam Graeci ἀδικίαν vocant: nam cum Praetor noster adversum nos pronuntiaret, injuriam nos accepisse dicimus. Unde apparet non verum esse quod Labeo putabat, apud Praetorem injuriam ὕβριν dumtaxat significare. Commune enim omni ei nomen injuriae (Pith.), quod semper adversus bonos mores fit, idque non fieri alicujus interest.
>
> Ulpian. lib. 56. ad Ed. — Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat. Omne enim quod non jure fit, injuria fieri dicitur. Specialiter autem injuria dicitur contumelia. Interdum injuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus. Interdum iniquitatem injuriam dicemus; nam cum quis inique vel injuste sententiam dixit, injuriam ex eo dictam, quod jure et justitia caret, quasi non juriam; contumeliam autem a contemnendo. l. 1. pr. D. de injuriis.
>
> Generaliter injuria dicitur omne quod non jure

**fit: specialiter, alias contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam Graeci** *ὕβριν* **appellant: alias culpa, quam Graeci** *ἔγκλημα* **dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur; alias iniquitas et injustitia, quam Graeci** *ἀδικίαν* **vocant, cum enim praetor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse videtur. pr. J. de injuriis.**

In allen diesen Stellen soll der Begriff der **injuria** theils allgemein, theils in der besondern Beziehung zu dem **damnum injuria datum** bestimmt werden. Aus der Vergleichung erhellt nun, daß eigentlich nur zwei Grundbedeutungen von **injuria** existiren, nämlich einmal **injuria** überhaupt, **i. e. quod non jure fit, quod contra jus fit, quod contra bonos mores fit,** und dann **injuria,** wie sie speciell bei der **actio injuriarum** vorkommt, **contumelia,** widerrechtliche Ehrenkränkung. Von der allgemeinen Bedeutung bilden die **iniquitas** des Richters und das **damnum injuria datum** nur Beispiele. Näher gehört dann zur **lex Aquilia** die **injuria,** sofern sie ein **damnum** hervorbringt, d. h. eine Beeinträchtigung des Eigenthums, der äußern Sphäre der Persönlichkeit, durch positiv verderbliche Einwirkung. — Wir haben schon oben darauf aufmerksam gemacht, daß im Römischen Rechte die **vindicta privata** hauptsächlich nur im Kreise der unmittelbaren Persönlichkeit zugelassen war, und zwar nach subjektiver und objektiver Seite hin, d. h. je nachdem entweder die innere **dignitas** derselben, oder die äußere in der freien ungekränkten Beherrschung ihres Eigenthums beruhende verletzt wird. Diesen Kreis füllen denn auch gerade die vier Privatdelikte aus; und zwar unterscheidet sich nun näher das **damnum injuria datum,** zugleich mit **furtum** und **rapina** von der Injurie dadurch, daß es in der letzteren sich von der inneren, in den ersteren von der äußerlich im Eigenthume objektivirten Persönlichkeit handelt. Ebenso aber unterscheidet sich auch

wieder das **damnum injuria datum** weiter von **furtum** und **rapina** dadurch, daß bei den beiden letztern das fremde Eigenthum völlig negirt, beim **damnum** dagegen dieses zwar anerkannt, aber zugleich eine Handlungsweise, welche nur dem Eigenthümer zukommen kann, ungebührlich sich angemaßt wird. **Furtum** und **rapina** haben es daher mit der Wegnahme, der völligen Entziehung der Sachen aus dem fremden Eigenthum, sonach mit einer Verletzung desselben **in abstracto**; das **damnum injuriae** dagegen mit einer verderblichen Einwirkung auf die Sachen selbst, also mit einer Verletzung des Eigenthums **in concreto** zu thun. — Durch diese begriffliche Unterscheidung und Bestimmung möchte dasjenige ergänzt werden, was Hasse a. a. O. vermißt und vermissen läßt, nämlich ein durchgreifendes Princip, welche Schäden und warum diese und keine andern, als an sich widerrechtliche Schäden anerkannt werden. Uebrigens wird das hier Gesagte wenigstens annähernd von **Ulpian libro 9. disputationum** so ausgedrückt:

> **Quod dicitur damnum injuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, si cum damno injuriam attulerit. l. 49. § 1. D. ad leg. Aqu.**

In der obigen Darstellung liegt von selbst die Abgrenzung des **damnum injuria datum** theils gegen den durch Nichtthun gestifteten Schaden, theils gegen den Schaden, der nur unter Voraussetzung eines bestimmten obligatorischen Verhältnisses als ein widerrechtlicher erscheinen kann. Es beruht nämlich gerade in der nicht bloß relativen, sondern durchaus absoluten Verletzung der fremden Persönlichkeit durch positiv verderbliche Einwirkung auf deren Eigenthum **in concreto**. Uebrigens ist Hasse auf dem Wege positiver Abstraktion und Combination zu demselben Resultate gekommen, wenn er sagt: „Nur solche positive Handlung, wodurch die Substanz eines Körpers verletzt wird, rechnet der Römer zur **Aquilia** und kann daher **damnum**

**injuria datum** seyn. Wenige Fälle, wo zwar nicht eigentlich die Substanz angegriffen, wo es aber doch offenbar ebenso gut war, als wäre es geschehen, indem unmittelbar durch auf die Sache gerichtete Handlung bewirkt wurde, daß diese verloren ging, und darin zunächst die Widerrechtlichkeit bestand, wurden hinzugefügt, dies war aber auch das Aeußerste, und wurde eigene Entwendung des Schuldigen dem nicht gleichgestellt." Dabei ist als merkwürdig herauszuheben, daß den Römern sogar der Körper des Freien selbst für eine Sache galt, die Objektivirung der Persönlichkeit also schon in die Leiblichkeit verlegt wurde (l. 13. pr. D. h. t.). Auch ist der historische Fortschritt der Lehre interessant. Anfangs nämlich wurde das Gesetz streng nur auf das **damnum corpore corpori datum** bezogen. Tödtung, Verwundung, Zerstörung, Verderbung wurde nur dann unter die **lex Aquilia** subsumirt,[35] wenn der Beschädigende unmittelbar auf die Sache eingewirkt hatte, das Princip also nur erst in ganz abstrakter Weise verstanden. Allein man mußte bald einsehen, daß das Princip allgemeiner sey, daß die **sententia legis Aquiliae** auch solche Fälle umfasse, wo nur **causa damni praestabatur.**[36] Daher heißt es denn in § 16. **J. h. t.**

> **Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent; veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur; aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur; aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur; aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis laesus fuerit, utilis actio in**

35) l. 1. § 7. D. si quadrupes. l. 51. pr. D. ad leg. Aqu,
36) l. 7. § 6. l. 11. § 1. l. 49 pr. cf. l. 30. § 3. l. 33. § 1. D. ad leg. Aqu.

**eum datur. . . . Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit, quum non sufficiat neque directa neque utilis legis Aquiliae actio, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri, veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit ut fugeret.** Nach dem oben Vorgetragenen erklärt sich denn auch sehr leicht, wie die **actio legis Aquiliae** mit andern Klagen innerlich concurriren konnte, z. B. mit den meisten Contracts-klagen, mit dem **interdictum quod vi aut clam**, mit dem **judicium legis Corneliae de Sicariis**, mit der **actio arborum furtim caesarum &c.**, [37] dagegen mit der **actio furtiva** äußerlich. [38] Wenn nämlich das Wesen des **damnum injuria datum** in der widerrechtlichen Verletzung der fremden Persönlichkeit in der Sphäre ihres Eigenthums **in concreto** besteht, so schließt dieser auf dem absoluten Verhältnisse der Persönlichkeiten zu einander ruhende Begriff den weiteren Begriff einer noch auf besonderen individuellen Verhältnissen beruhenden Widerrechtlichkeit einerseits und einer aus dem höheren Principe des öffentlichen Strafrechts hervorgehenden Widerrechtlichkeit andrerseits nicht aus; dagegen ist das **furtum** ein dem **damnum injuria datum** coordinirtes Privatdelict; beide sind innerlich unterschiedene Momente Eines Begriffs, daher, wenn die betreffenden Klagen concurriren können sollen, immer zwei unterscheidbare Handlungen vorhanden seyn müssen; wie denn in den angef. Stellen immer zugleich von einer Unterschlagung und einer Zerstörung der Testamentsurkunde, zugleich von einem Raub und von Tödtung des Sklaven die Rede ist.

---

37) **l. 27. § 14. l. 23. § 9. D. ad leg. Aqu. § 11. J. eod. l. 1. §. 3. D. de leg. Corn. de sicar. l. 1. D. arbor. furt. caes.**

38) **l. 27. § 3. D. de furtis l. 41. § 1. l. 42. D. ad leg. Aqu. l. 2. D. de privatis delictis. cf. l. 27. § 25—27. D. ad leg. Aqu.**

Wenn nun aber nach objektiver Seite hin das **damnum injuria datum** sich scharf genug von **furtum rapina** einer= und von der eigentlichen Injurie andrerseits unterscheidet, so ist dasselbe auch nach subjektiver Seite hin der Fall. Bei jenen Delicten machte der Prätor — und, wie wir gesehen haben, aus guten Gründen — den **dolus malus** zum wesentlichen Requisite. Es war dieses subjektive Element zwar als formal ausgesprochen etwas dem Privatpönalwesen als solchem Fremdes; aber, wenn denn doch einmal die Bestrafung der gedachten Verbrechen unter öffentliche Auctorität gestellt wurde, ohne zugleich unter das Princip des öffentlichen Strafrechts selbst gezogen zu werden, so war jene Anomalie doch durch die Natur der Delicte selbst gerechtfertigt. Denn man konnte sich in der That eine absolute Verletzung der Persönlichkeit theils in ihrer innerlichen Dignität, theils in ihrer äußerlichen im Eigenthum ausgedrückten Dignität, wenn solche Verletzung **in abstracto** geschah, nicht anders als widerrechtlich vorstellen, als wenn sie mit Bewußtseyn und Absicht ausgeübt wurde. Anders dagegen verhielt es sich mit den Verletzungen fremden Eigenthums **in concreto**. Eben nämlich, weil hier nicht jene abstrakte und absolute Negation der **dignitas** fremder Persönlichkeit stattfindet, vielmehr diese im Allgemeinen anerkannt, und nur **in concreto** eine Handlungsweise sich angemaaßt wird, welche mit dieser Anerkennung nicht übereinstimmt, weil also hier nicht von einer direkten Entgegensetzung von Subjekt gegen Subjekt, von einer absoluten Collision individueller Rechtskreise die Rede ist, so lassen sich hier widerrechtliche Verletzungen auch ohne **dolus** denken, ja man muß sogar noch weiter gehen und sagen: das Charakteristische liegt hier nicht im **dolus**, sondern in der **culpa** im Allgemeinen, d. h. nicht in einer direkten Opposition gegen den fremden Rechtskreis, sondern in der Außerachtsetzung des allgemeinen Verhältnisses gleichberechtigter individueller Rechtskreise zu einander. Die eigenthümliche

Natur des Privatpönalwesens tritt somit hier noch am reinsten hervor, sofern solchem die Unterscheidung des Willens nach seinen inneren Momenten das an und für sich Gleichgültige ist. Und in dieser Beziehung wird denn gerade das weitere charakteristische Moment in Ulpian's Definition wichtig, daß nämlich **damnum injuria datum** soviel bedeute, als **damnum *culpa* datum**. Der Begriff der **culpa** wird also mit dem der **injuria** hier zusammengestellt, nicht als synonim, sondern so, daß beide als Momente Eines Gedankens erscheinen.[39] In der **injuria** liegt die Charakterisirung des Privatdelikts nach der objektiven Seite hin; die **culpa** dagegen ist seine subjektive Seele. In der **lex Aquilia** selbst liegt allerdings dieses Moment noch nicht ausgedrückt; es ist vielmehr, ganz bezeichnend für die Entwicklung des Privatpönalwesens überhaupt, noch in den objektiven Begriff der **injuria** versenkt, und erst die Interpretation hat ihm seine selbständige Geltung verschafft. Auch diese Thätigkeit der Interpretation muß wiederum für die Einmischung einer dem Privatpönalwesen als solchem fremden Reflexion angesehen werden. Nur ist anzuerkennen, daß sie in dieser Sphäre am meisten von dem ursprünglichen Charakter hat stehen lassen. Sie brachte es nämlich nicht weiter, als zu der ganz abstrakten Unterscheidung von subjektivem Momente und dessen Gegensatze überhaupt. In jenem setzte sie weiter keine Unterschiede, und so hatte sie bloß den Gegensatz von **culpa** und **casus**, ohne die **culpa** selbst näher in **dolus** und **culpa** im engern Sinne einzutheilen. Man kann daher wohl Hasse Recht geben, wenn er sagt: „**Culpa** heißt [in der **lex Aquilia**] Zurechnung, oder vielmehr der Zustand, das Verhältniß des Handelnden zur Handlung, in welchem Zurechnung eintritt." Denn

---

39) Wenn gleich der Sprachgebrauch es weniger genau nimmt, z. B. **l. 7. § 3. 4. D. ad leg. Aqu.** Hasse a. a. O. § 11. **l. 45. § 4. D. eod.**

Zurechnung ist eben der congruente Ausdruck für das abstrakte subjektive Moment im Strafrechte.[40] Der Beweis für das Gesagte liegt in folgenden Stellen:

**Ulpian lib. 42. ad Sabinum. — In lege Aquilia et culpa levissima venit. l. 44. pr. D. ad leg. Aqu.**

**Paulus lib. 22. ad Edictum. — In hac actione quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendae ejus causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia ejus aut negligentia, id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpae reus est; nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est, et qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia quae oportuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa. l. 30. § 3. D. eod.**

**Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur. § 3. J. eod.**

Die Negation des subjektiven Moments kann liegen — entweder innerhalb des Willens selbst, daher sagt

**Ulpianus lib. 18. ad Edictum: Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc verissimum; cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit..... Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti**

40) l. 5. § 2. l. 52. § 1. l. 29. § 4. l. 8 § 1. D. ad leg. Aqu. § 7. J. eod. l. 23. D. de furtis. l. ult. D. de scto. Silan. l. 91. § 3. D. de V. O. l. 132. D. de R. J.

teneatur, teneri et Aquilia eum; et hoc puto verum, si sit jam injuriae capax. l. 5. § 2. D. ad leg. Aqu.

oder sie liegt in der Uebermacht der Objektivität, welche alle und jede Aeußerung der Subjektivität absolut verbietet,

Ulpianus lib. 9. disputationum. — Quod dicitur damnum injuria datum Aquiliam persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno injuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum. l. 49. § 1. D. ad leg. Aqu. cf. l. ult. eod. —

oder endlich in einem beiden Sphären zugleich angehörenden Principe, der Nothwehr, deren Eigenthümlichkeit gerade darin besteht, daß weder das subjektive Moment als solches negirt ist, noch eine absolute Uebermacht des objektiven statt findet, so daß alle Aeußerung des Willens aufgehoben wäre, sondern daß die Uebermacht der Objektivität durch die Subjectivität hindurchscheint und sie dadurch zu einer Handlungsweise berechtigt, welche rechtlich dem Thun des furiosus, infans, und dem casus fortuitus durchaus gleichgestellt werden muß.

Gajus lib. 7. ad Edictum provinciale. — Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere. — § 1. Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat: ut tamen aeque cum clamore testificetur. l. 4. D. ad leg. Aqu. [41]

41) Cf. Macrob. Saturnal. Lib. I. Cap. 4. Gellius Noct. Att. Lib. VIII. Cap. 1. Lib. XI. Cap. 18. Coll. leg. Mos. tit. 7. pr. § 2. 3. Cicero pro Milone Cap. 3. Quinctilian. Instit. orat. Lib. V. Cap. 14. Seneca Controvers. Lib. X. cap. ult. Augustin. quaest. 11. super exodum. Dirksen Uebersicht rc. Cap. 15. Abegg Comm. § 25. not. 59.

**Ulp. lib 18. ad Edictum. — Sed et si quemcunque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur injuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut injuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur. l. 5. pr. D. eod.**

**Paulus lib. 10. ad Sabinum. — Qui cum aliter tueri se non possunt, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt. l. 45. § 4. D. eod.**

(In dieser Stelle ist gerade das Ineinanderscheinen von objektivem und subjektivem Momente ausgedrückt, welches Hasse S. 53. 54. 64. zu verkennen scheint). Auch hier haben wir wieder ein merkwürdiges Beispiel von einem in das Privatpönalwesen formell fremdartig eingeführten Elemente. Die Juristen, wie wir sehen, berufen sich auf die **naturalis ratio**, worunter sie nichts anders verstehen, als die gewöhnliche Vorstellungsweise rechtlich und billig denkender Menschen. Dieses Beispiel ist aber um so merkwürdiger, da die auf der Grundlage der **vindicta privata** beruhende **lex Aquilia** hier durch eine Anwendung der Privatrache, aber freilich durch eine bereits durch das mannigfaltig modificirende Medium der Reflexion gezogene Anwendung derselben beschränkt wird. [42] Namentlich gilt dies für den Fall der Tödtung des nächtlichen Diebs, welchen daher auch die Interpretation auf's Mannigfaltigste verclausulirte. [43]

Wo nun aber keine solche Ausschließung des subjektiven Moments gerechtfertigt werden kann, da hat die **actio legis**

42) Abegg Untersuchungen :c. S. 139. 140.
43) Abegg a. a. O. S. 141 ff.

**Aquiliae** überall statt, ohne Unterschied, ob der Schaden **dolo** oder **culpa**, ob er **culpa lata** oder **levi** gestiftet wurde. Ueberall, wo dem Beklagten die Rechtsverletzung irgendwie zur Schuld zugerechnet werden kann, wo er nicht **omnia quae oportuit observarit**, d. h. wo er nicht soviel Fleiß anwandte, als er als rechtlicher Mann in dem absoluten Verhältnisse von Bürger gegen Bürger anzuwenden hatte, da wird er auch für schuldig geachtet, mit seinem Vermögen für den gestifteten Schaden herzukommen, die Schuld möge nun größer oder geringer seyn.

**Paulus lib. 22. ad Sabinum. — Praeceptoris enim nimia saevitia culpae adsignatur. — l. 6. D. ad leg. Aqu.**

**Ulpianus lib. 18. ad Edictum. — Sed si quis plus justo oneratus dejecerit onus et servum occiderit, Aquilia locum habet; fuit enim in ipsius arbitrio, ita se non onerare l. 7. § 2. D. eod.**

**Ulp. ibid. — Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem. l. 7. § 8. D. eod.**

**Gajus lib. 7. ad Edictum provinciale. — Idem juris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpae reus intelligitur. § 1. Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, volgo dicitur culpae nomine teneri. Idem dicitur, et si propter infirmitatem sustineri mularum impetum non potuerit. Nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum adfectare quisque non debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur, pro-**

**pter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit. l. 8. D. eod.** [44]

Der bisher dargestellten Ausbildung des Privatpönalwesens gegenüber haben wir sofort die Grundzüge des öffentlichen Strafrechts in ihrer Entwicklung durch die **quaestiones perpetuae** hindurch zu verfolgen, und zwar werden wir auch hier nach der subjektiven Seite zu sehen haben, inwiefern sich dieselbe nach der gedoppelten Richtung, einmal auf Versuch und Vollendung, sodann nach **dolus** und **culpa** hin, entwickelt habe. — Man hat sich von jeher viel Mühe gegeben, den merkwürdigen Grundsatz des Römischen Strafrechts zu erklären, wonach Versuch und Vollendung, ebenso Urheber und Gehülfe mit gleich strenger Strafe bedroht werden. Auch Luden [45] in seiner angef. Schrift über den Versuch bemüht sich, demselben eine historisch positive Unterlage zu verschaffen, wobei nur zu bedauern ist, daß man mit einigen seiner Prämissen nicht wohl übereinstimmen kann. Er geht nämlich davon aus, daß in Sulla's Gesetzgebung (insbesondere in der hauptsächlich wichtigen **lex Cornelia de sicariis**) ein dem Rechte der 12 Tafeln gerade entgegengesetzter Gesichtspunkt aufgestellt sey. Nach den 12 Tafeln nämlich habe man nur auf die That und deren Erfolg gesehen, und wer einen andern verwundet hatte, wenn auch in der Absicht ihn zu tödten, sey nur bestraft worden wegen der zugefügten Verwundung, nicht wegen der beabsichtigten Tödtung. Dieses Straffystem habe aber offenbar nur für eine menschliche Gesellschaft genügen können, welche noch auf den ersten Stufen ihrer Entwicklung stehe. Man müsse sich daher denken, daß in dem zwischen den 12 Tafeln und der Sullanischen Gesetzgebung liegenden Zeitraume bedeutende Veränderungen mit

---

44) **Cf. l. 9—11. l. 27. § 9. 11. 29. 34. l. 28. 29. 31. D. ad leg. Aqu.**

45) a. a. O. S. 72 ff.

dem Criminalrechte vorgegangen seyen. Schon der gewöhnliche Verkehr im Privatrechte habe es nothwendig gemacht, zwischen **dolus**, **culpa** und **casus** zu unterscheiden, und da habe denn das Strafrecht unmöglich in dieser Hinsicht lange zurückbleiben können, um so weniger, als in der ersten Periode der Rechtsentwicklung das Gebiet des Criminalrechts von dem des Privatrechts gar nicht so genau gesondert zu seyn pflege, wie in spätern Perioden, vielmehr die Verbrechen überhaupt mehr von ihrer privatrechtlichen, als von ihrer öffentlichen Seite aus betrachtet werden. Später aber, bei klarerer Einsicht in das Wesen von Recht und Staat, müsse sich der Gesichtspunkt herumdrehen und die öffentliche Seite des Verbrechens in den Vordergrund treten im Verhältnisse zu der privatrechtlichen Seite desselben. Im Anfange werde sich dies freilich beschränken auf die schwersten Verbrechen, welche gegen die Persönlichkeit der Menschen gerichtet seyen, gegen ihr Leben, ihre Gesundheit und Freiheit, während geringere Verbrechen, namentlich diejenigen, durch welche Vermögensrechte verletzt werden, noch mehr von der privatrechtlichen Seite, als sogenannte Privatdelikte betrachtet werden. Sowie nun aber die Verbrechen aufhören, bloße Privatsache zu seyn zwischen dem Verbrecher und dem Verletzten, so müsse immer auch die Handlung als solche gestraft werden, abgesehen von ihrem Erfolge. Und dies müsse denn auch bei den Römern in der zwischen den 12 Tafeln und der Sullanischen Gesetzgebung liegenden Epoche geschehen seyn. In der That habe es geschehen können, ohne daß die Römer neuer Gesetze dazu bedurft hätten. Denn, da der todte Buchstabe des Gesetzes immer erst durch die Auslegung belebt werde, diese Auslegung aber in den verschiedenen Zeiten je nach dem Geiste und den Ansichten derselben verschieden ausfallen müsse, so habe auch aus dem Gesetze der 12 Tafeln durch Auslegung gewonnen werden können, was wohl ursprünglich nicht in dasselbe hineingelegt gewesen sey, aber der mehr entwickelten

Rechtsansicht zu entsprechen geschienen habe. Die Decemviral-Gesetzgebung aber habe sich hiezu ganz vorzüglich geeignet, da ihr hinsichtlich der Capitalverbrechen diejenige Bestimmtheit abgegangen sey, welche einer späteren erweiternden Auslegung allenfalls hindernd hätte entgegentreten können. „In der früheren Zeit," erklärt er sich nun näher, „war gewiß nur derjenige **parricida**, welcher einen verbrecherischen Erfolg wirklich hervorgebracht, z. B. einen freien römischen Bürger wirklich getödtet hatte. Als man später zu der Einsicht kam, daß es eigentlich die freie Handlung des Menschen sey, welche Strafe verdiene, und daß diese Handlung doch immer dieselbe bleibe, wenn auch aus zufälligen und von dem Willen des Thäters unabhängigen Umständen dieser Erfolg nicht eingetreten war, mußte man auch die Handlung, die den beabsichtigten Erfolg nicht gehabt hatte, einer Strafe unterwerfen. Da man aber doch nicht anders strafen konnte, als auf den Grund eines Gesetzes, und da man keine andern Gesetze hatte, als die 12 Tafeln, so mußte man sich für die Bestrafung solcher Handlungen ohne Erfolg auf sie berufen und dieselben gleichfalls für ein **parricidium**, dessen Begriff ja unbestimmt gelassen war, erklären. Wenn man einmal bestrafen wollte, was wir jetzt Versuch nennen, so konnte man es nur als **parricidium** bestrafen. Das consummirte Verbrechen war auch **parricidium**, und die Strafe des **parricidium** stand einmal fest und konnte nicht verändert werden durch die Willkühr des Gerichtes. Es mußte also beide dieselbe Strafe treffen. Sonach wäre das Gefühl der Nothwendigkeit, das Recht der 12 Tafeln durch eine erweiternde Auslegung gewissermaßen zu verändern und der aufgeklärteren Rechtsansicht mehr anzupassen, und dabei auf der anderen Seite das begreifliche Streben, sich von diesem Gesetze nicht willkührlich zu entfernen, die Ursache gewesen, die jenem sonst unerklärlichen Grundsatze (daß dieselbe Strafe auf dem Versuche des Verbrechens, wie auf der Consummation stand)

seine Entstehung gegeben hätte." — — Wir müssen diese ganze Erklärung schon deshalb für schief halten, weil sie letztlich auf der Voraussetzung eines absoluten Gegensatzes zwischen dem Gesichtspunkte der 12 Tafeln und dem der Sullanischen Gesetzgebung beruht. Wir haben schon oben bemerkt, daß Luden die Elemente der 12 Tafeln selbst, in welchen nicht nur Privatpönalrecht und öffentliches Strafrecht neben einander, sondern neben diesen sogar noch Reste von Sacralrecht stehen, nicht gehörig unterscheidet. Gerade in diesem Nebeneinander der unvermittelten Gegensätze besteht aber das Charakteristische der Decemviral-Gesetzgebung. Luden stellt die 12 Tafeln ganz auf den privatrechtlichen Standpunkt und verkennt sie deshalb in ihrer eigenthümlichen Bedeutung. Ferner hat er eine andere falsche Voraussetzung, die nämlich: daß das Römische Criminalrecht sich nach demselben Schema entwickelt haben müsse, welches man aus der Entwicklung des deutschen Criminalrechts zu abstrahiren und, mit einigen philosophischen Lappen behängt, zu einem naturrechtlichen zu stempeln pflegt. So sehr richtig sagt Abegg:[46] „Darum möge gleich hier vor einem leicht möglichen und nicht selten vorkommenden Mißverständnisse gewarnt werden. Wir begegnen nämlich in einzelnen Anwendungen auf eine überraschende Weise einer Uebereinstimmung oder einem Zusammentreffen des Germanischen Rechts mit dem Römischen. Aber, je mehr dies verleiten kann, hier eine durchgängige Gleichheit anzunehmen, und je leichter man für eine vorgefaßte Meinung geneigt seyn kann, quellenmäßige Bestätigungen zu entdecken, desto mehr wird es nothwendig die Aehnlichkeiten auseinanderzuhalten und vielmehr die Eigenthümlichkeiten in's Auge zu fassen." So gehört denn allerdings zu den überall gleich sich findenden Momenten in der Entwicklung des Strafrechts, daß, um wieder mit Abegg zu reden, der

46) Untersuchungen rc. S. 224.

Anfang ein subjektives Princip der Rache, eigenmächtiger Genugthuung, der Wiederherstellung des Rechts an dem Frevler und der Ehre persönlicher Selbständigkeit des Freien, welche Anerkennung fordert, und die Erzwingung einer Genugthuung ist, daß aber aus dem Mangelhaften dieser subjektiven Verfahrungsweise sich ein nothwendiges Bedürfniß ergibt, dieselbe, wenn man sie an den höheren Maaßstab vernünftiger Gesittung hält, als schon der Form nach unrecht aufzugeben, damit ein objektives Princip sich an die Stelle subjektiver Ansicht setze, wie denn auch materiell die Privatrache nicht zu der von der Gerechtigkeit geforderten Ausgleichung, sondern zu einem **bellum infinitum** führt; daß ferner der Uebergang zu der strafenden Gerechtigkeit der Gesammtheit durch den Vertrag, das Abkaufen der Rache, Sühne, Buße, und das hieraus hervorgehende Compositionensystem oder Privatpönalwesen vermittelt wird, bis endlich das Allgemeine, aus aller Verhüllung in die Subjektivität losgerungen, im öffentlichen Strafrechte sich auch in der Form der Allgemeinheit Daseyn gibt. Allein, wie nun dieser nothwendige Gang bei den verschiedenen Völkern historisch vermittelt worden sey, das ist nun eben weiter aufzuzeigen. Und gewiß ist bei Luden das charakteristische Wesen des Römischen Rechts nicht hervorgetreten. Wir haben dasselbe gefunden, einmal in der Idee des antiken Staats und dem dadurch gesetzten Verhältnisse des Bürgers zum Allgemeinen, welche beide noch auf abstrakte Weise ineinander sind, in der daraus hervorgehenden frühen Selbständigkeit des öffentlichen Rechts neben und mitten in dem noch mannigfaltig lebendigen Systeme der Privatrache, hauptsächlich aber in der Starrheit der Momente, von welchen das niedrigere sich nicht in das höhere aufzulösen vermag, sondern in dualistischer Schroffheit neben demselben fortbesteht. Eben deshalb ist es irrig, wenn Luden eine einfachstetige Entwicklungsweise voraussetzt und die Gegensätze, welche jederzeit räumlich nebeneinanderstanden, der

Zeit nach auseinanderlegt und den einen in dem andern verschwinden läßt. Denn gerade so wie es falsch ist, die 12 Tafeln lediglich unter dem privatrechtlichen Gesichtspunkte aufzufassen, so ist es auch unrichtig in der Periode der Sullanischen Gesetzgebung bloß von den Principien des öffentlichen Strafrechts zu sprechen und das daneben bestehende so merkwürdige System der Privatdelikte ganz außer Acht zu lassen. Bei dieser Unrichtigkeit der Auffassung im Allgemeinen ist es denn kein Wunder, wenn sich Luden gerade in der Hauptsache, nämlich in der Motivirung des Uebergangs, mit leeren Muthmaßungen begnügen, wenn er namentlich die gewagte und unwahrscheinliche Behauptung aufstellen muß, in der zwischen den 12 Tafeln und der Sullanischen Gesetzgebung liegenden Epoche sey das System der 12 Tafeln völlig verändert worden. Denn freilich sollte es ja darstellen, wie der rein privatrechtliche Standpunkt in den des öffentlichen Strafrechts übergegangen sey; aber dafür gesteht er selbst keine positiven Data zu haben. Schon dieser Mangel an aller Möglichkeit ausdrücklicher historischer Nachweisung hätte auf die Falschheit der Prämissen aufmerksam machen sollen. Denn ein **Salto mortale,** wie er hier gemacht werden muß, hat an und für sich die Wahrscheinlichkeit gegen sich. Aber auch in die versuchte Hypothese selbst schleicht sich die Unwahrscheinlichkeit prägnant genug herein. Wenn behauptet würde, man habe den Versuch zuvor gar nicht gestraft, so möchte man sich die Sache noch gefallen lassen. Allein Luden nimmt an, in der Periode der 12 Tafeln sey z. B. der Versuch der Tödtung allerdings gestraft worden, nur nicht als solcher, sondern als Körperverletzung, d. h. das Talionsprincip oder die Composition sey eingetreten. Nun darf man aber wohl fragen: läßt es sich denn denken, daß man von dieser Strafe des Versuchs zu der Bestrafung desselben mit der Strafe des **parricidium** übergesprungen sey? Der Einwand, die Verhandlung unter obrigkeitlicher Auctorität habe

eben erst die Beachtung des subjektiven Moments her= vorgetrieben, kann nicht Platz greifen; denn die Buße für das **membrum ruptum**, **os fractum etc.**, wurde ja ebenfalls vor dem Gerichte eingefordert. Das Ge= setz gegen die Tödtung und die Gesetze gegen die Kör= perverletzung bestanden in den 12 Tafeln eben so gut neben einander, wie in der folgenden Zeit. Man mußte also zur Zeit der 12 Tafeln noch gar nicht daran gedacht haben, daß in einer Körperverletzung auch ein Versuch der Tödtung liegen könne. Wann lernte man nun aber, diesen Unterschied zu machen? Dafür ist es freilich bequem, einen ganz unbestimmten Zeitraum anzugeben. Der ganze Ueber= gang, der motivirt werden soll, beruht doch einzig darauf, daß bei dem äußern Thatbestande einer Körperverletzung auch der **animus delinquendi** zur Sprache gekommen sey. Will man aber dieses zur Sprachekommen des **animus** an irgend ein Moment mit Sicherheit anknüpfen, so muß man es mit der Verhandlung der Sache unter gerichtlicher Auto= rität in Verbindung setzen, und dieses fand erwiesenermaßen schon zur Zeit der 12 Tafeln statt. Es ist also jedenfalls sehr willkührlich gehandelt, wenn man diesen Zeitpunkt in ein späteres Stadium verlegt. Dabei ist es, wie gesagt, schwer zu begreifen, wie die Richter, welche lange schon über Körperverletzungen sowohl, als Tödtungen zu erkennen hatten, auf einmal dazu gekommen seyn sollten, bei dem= selben materiellen Erfolg das eine Mal Buße anzusetzen, das andere Mal die Strafe des **parricidium** auszusprechen. Ueberhaupt beruht jene ganze Ansicht auf der Voraussetzung, daß man hinsichtlich des Versuchs des Verbrechens bei kla= rerer Einsicht einen Mangel im Strafsysteme gefühlt habe; aber ein solcher war ja in der That nicht vorhanden, wenn man annimmt, daß die Bestimmungen der 12 Tafeln über das **membrum ruptum**, **os fractum &c.**, auch für die Fälle versuchter Tödtung, wenn gleich noch nicht mit Be= wußtseyn des subjectiven Moments, **bona fide** acceptirt

worden seyen. Dies wird ganz vergessen und vielmehr gesagt, man habe nichts gehabt, um sich daran zu halten, als die Strafe des **parricidium**, und diese sey denn glücklicherweise so unbestimmt gefaßt gewesen, daß man allerdings auch den Versuch ungehindert darunter habe ziehen können. Aber, wenn dem so war, — und wir geben dies zu; ja, wir haben selbst gegen Luden oben bemerkt, daß das **Perfectum** in dem **qui hominem liberum morti duit** nicht urgirt werden dürfe, — warum soll nun diese glückliche Unbestimmtheit erst in späterer Zeit ihre Früchte getragen haben? Ist es nicht höchst inconsequent, für die erste Periode aus einem Gesetze den Satz abzuleiten, daß es nur für das consummirte Verbrechen habe gelten können, und für die zweite Periode zu behaupten, daß die Unbestimmtheit desselben Gesetzes zugelassen habe, es auch auf den Versuch zu beziehen? Nicht nur also, daß jene Ansicht sehr gewagte und historisch im Mindesten nicht begründete Hypothesen zu Hülfe rufen muß, sie widerspricht auch sich selbst in mannigfacher Weise, und es ist nichts daran haltbar, als die zwei allerdings ganz richtigen Gedanken, daß ohne Zweifel nichts Neues geschaffen, sondern nur dem längst gebildeten Rechtsstoffe auch ein formell allgemeines Daseyn gegeben, und daß die Unterscheidung von **dolus**, **culpa** und **casus** im gewöhnlichen Verkehre des Privatrechts wahrscheinlich auch die gleichen Explicationen im Criminalrechte gefördert habe. Ja, das Erste scheint uns so untrüglich zu seyn, daß wir sogar annehmen zu dürfen glauben, was Sulla über den Versuch ausdrücklich ausgesprochen habe, das sey schon im Systeme der 12 Tafeln, soweit nämlich diese öffentliches Strafrecht enthalten, durchaus bereit gelegen. Bedenkt man nämlich, daß der römische Staat, seit wir von demselben wissen, überall schon eine sehr ausgebildete Selbständigkeit besaß, daß Privatpönalwesen und öffentliches Strafrecht schon in frühester Zeit, und zwar, — da das Princip der Talion nur in einzelnen

Anwendungen noch vorkommt, beide unter richterlicher Auctorität neben einander standen, daß auch diese verschiedenen Principien nicht nicht in einander verschmolzen, sondern in harter dualistischer Getrenntheit verblieben, — so wird man auch supponiren dürfen, daß sie sich schon in den 12 Tafeln characteristisch gegen einander werden abgeschlossen haben und nicht gegenseitig bei einander auf Borg gegangen seyen. Handelte es sich also z. B. um eine Körperverletzung, so kam es sicherlich auch damals schon darauf an, ob überhaupt das subjective Moment zur Sprache gebracht wurde, oder nicht; und dies entschied sich, je nachdem das Verbrechen auf die eine oder andere Weise verfolgt wurde, ob vor dem Civilrichter oder vor den **quaestores parricidii**, wie es noch heutzutage bei den Injuriren vom Verletzten abhängt, ob der Thäter bloß vor dem bürgerlichen Richter Ersatz zu geben hat, oder ob eine Criminaluntersuchung über denselben verhängt werden soll. War aber der eine oder der andere Weg einmal betreten, so wurden nun auch gewiß die für das betreffende Gebiet characteristischen Grundsätze angewendet, also im einen Fall bloß der Erfolg beachtet und das subjective Moment nicht berücksichtigt, im andern Falle aber gerade dies zur Hauptsache gemacht und Versuch und Erfolg nicht unterschieden, wenn nur überhaupt der **animus delinquendi** unverkennbar sich äußerlich manifestirt hatte. Gewiß hat diese Ansicht schon auf dem bisherigen Standpunkt den Vorzug der natürlichen und wahrscheinlicheren Entwicklung, wie sie denn später noch weiter wird begründet werden. Das nämlich, warum denn nun der Versuch mit dem Erfolge im öffentlichen Strafrechte gleichgestellt wurde, kann erst die folgende Entwicklung beantworten. Dagegen ist die Nothwendigkeit, die beiden Gebiete des Privatpönalwesens einer- und des öffentlichen Strafrechts andererseits absolut auseinander zu halten, hier schon gehörig vermittelt.

Wir kehren nach dieser Abschweifung zu unserer näheren

Aufgabe zurück, nämlich die Entwicklung des subjectiven Moments in dem Systeme des **quaestiones perpetuae** nachzuweisen. Da wir das Beispiel der Tödtung schon mehrmals gewählt haben, und dieses auch die Grundlage unsers Hauptentwurfes bildet, so wollen wir auch hier an diesem Beispiele das Wesentliche aufzeigen und somit die **lex Cornelia de Sicariis** etwas näher ansehen.

Ueber die **questiones perpetuae** möge nur im Allgemeinen, des besseren Zusammenhangs wegen, Folgendes vorerinnert werden. — Wir haben ihre wesentliche Bedeutung oben darin gefunden, daß einmal materiell in den sie begründenden Volksgesetzen ein längst fertiggebildeter Rechtsstoff auch zu formaler Geltung kam, und zweitens formell an die Stelle des unmittelbar die Criminalrechtspflege verwaltenden Staats mittelbare, den Gefahren politischer Zerrissenheit, der Particularisirung äußerlicher Interessen entnommene Organe traten. Dies erkennt denn auch im Wesentlichen die populäre Theorie an,[47] wenn sie den durch die **quaestiones perpetuae** erzielten Gewinn darin findet, daß 1) ein einfacheres Gerichtswesen auch complicirte Verhältnisse behandeln konnte, 2) daß an die Stelle der Willkühr Instruction und Theorie trat, die sich ebenso fort entwickelte, wie die Theorie des Edicts. Nun freilich ist eben das Characteristische einerseits nicht in dem Unterschiede von einfachen und complicirten Rechtsverhältnissen zu suchen, und man könnte auf diesem Standpunkte der unphilosophischen Vorstellung eher sagen, sowohl einfache, als complicirte Rechtsverhältnisse seyen nun von einem complicirten an ein einfacheres Forum gelangt; andrerseits drückt der Gegensatz von Willkühr und Theorie, so bequem man auch damit auskommt, das Wahre nicht aus. Ja, im Grunde widerspricht sich Roßhirt hier selbst, da er kaum zuvor noch anerkannt hat, daß die **leges quaestionum** im Gebiete des

---

47) Roßhirt im N. Arch. des Crim.-Rechts. Bd. XI. S. 374.

Criminalrechts so wenig neues Recht mögen enthalten haben, als die 12 Tafeln in dem des Privatrechts. Wie kann man denn aber das, was in den Händen der Willkühr ist, materielles Recht nennen? Waren die Principien des öffentlichen Strafrechts als materieller Rechtsinhalt schon von den quaestiones perpetuae ausgeboren, d. h. ins öffentliche Bewußtseyn aufgenommen, so mußten sie dies auch in irgend einer Form, wenn gleich nicht in der formal allgemeinen des Gesetzes, seyn. Gewohnheitsrecht, Gerichtsgebrauch, Interpretation der Juristen u. dgl. waren die hiefür tauglichen Organe. Bei allen diesen kann man aber von Willkühr nicht sprechen. Sie sind allgemeine Formen, aber noch nicht die Form des sich selbst bewußt werdenden Allgemeinen, welche erst das Gesetz ist. Hierin liegt denn der wahre Gegensatz, wornach das von Roßhirt Gesagte zu berichtigen ist. — Dagegen ist diesem durchaus Recht zu geben, wenn er bemerkt, daß auch nach der Einrichtung der quaestiones perpetuae der Gedanke herrschend geblieben sey, es lasse sich eine schwer verbrecherische Handlung als Capitalverbrechen vor das Gericht der Centuriatcomitien bringen, und daß ebenso Mulcten zu erkennen den Tributcomitien immer freigestanden habe, daß überhaupt durch die quaestiones perpetuae das Princip der römischen Strafgerichtsbarkeit hinsichtlich des Rechts ihrer Ausübung von Seiten des Volks nicht verändert worden sey, bis dieses Verhältniß mit dem wirklichen Umsturze der Römischeu Freiheit als Grundlage des gesammten Criminalrechts zu bestehen aufgehört habe. Dies versteht sich nämlich deshalb von selbst, weil bis dahin der römische Staat in dem souveränen Volke repräsentirt war. — Ebenso ist es richtig, wenn er sagt, die leges quaestionum seyen unzweifelhaft dermaßen in Einem Geiste gemacht, daß man nicht nur ein allgemeines Bild der Criminalprocedur jederzeit daraus abstrahirt habe, sondern auch sicher gemeinsame Grundsätze des Strafrechts selbst darin niedergelegt finden werde. Fer-

ner wird nun Klage darüber geführt, daß man bei jenen **leges** durchaus nicht von theoretischen Projekten oder von dem Streben unserer Tage, auf dem Wege der Gesetzgebung Alles zu ebnen, ausgegangen, sondern von dem Drange des Tages geführt worden sey, und dann auch nicht an das logische Ineinandergreifen der einzelnen **leges** gedacht, sondern die Gattungen der Verbrechen zusammengenommen habe, wie sie gerade aus dem practischen Standpunkte der Zeit am besten zusammenpaßten. Daraus folge denn, daß man nicht ohne Mühe und Kunst die leitenden Grundsätze des Strafrechts selbst aus diesen **leges** ent- entwickeln werde, zumal man immer sehe, daß es auf die verbrecherische Gesinnung und nur ausnahmsweise auf einen sichern Erfolg und auf die Theilnahme daran, oder gar auf die verschiedene Art der verbrecherischen Thätigkeit angekommen sey. Zwar gebe auch dieses dem Römischen Criminalrechte einen positiven Geist, aber im Ganzen könne man nicht sagen, daß es auf eine freie Entwicklung der verschiedenen strafrechtlichen Verhältnisse angelegt gewesen sey; — vielmehr dürfen wir uns ein bedeutendes Fortschreiten in diesen Beziehungen ohne Unbescheidenheit zuschreiben. — Mit dieser ganzen Deklamation ist nun freilich wiederum nicht viel weiter gesagt, als die Binsenwahrheit, daß der Entwicklung eines begrifflichen Moments auf dem Gebiete des positiven Rechts immer viele temporäre und locale Zufälligkeit anklebe, und, wenn am Ende mit Wagner im Faust eine naive Freude darüber ausgesprochen wird, „daß wir es denn doch zuletzt so herrlich weit gebracht haben," so ist darüber zu bemerken, daß auch die begrifflichen Entwicklungen der heutigen Zeit ganz dasselbe Schicksal trifft, und daß es noch sehr die Frage seyn dürfte, ob die legislative Thätigkeit unserer Tage in Ständekammern u. dgl. an practischverständigem Geiste, an sicherer Erkenntniß des unmittelbaren Bedürfnisses, an Concentrations- und Combinationskraft es mit den großen Staatsmännern

aufnehmen dürfe, welche den Römern ihre **leges quaestionum** gegeben haben. Was nun aber namentlich den Mangel betrifft, der darin gefunden wird, daß jene Gesetze einzig und allein die verbrecherische Gesinnung, und nur ausnahmsweise einen sicheren Erfolg und die Theilnahme daran oder gar die verschiedene Art der verbrecherischen Thätigkeit in Betrachtung gezogen habe, so wird hierauf die folgende Darstellung Antwort geben, indem sie nachweist, wie auf jenem Entwicklungsstadium des Begriffs gerade nur diese Momente haben hervortreten können und müssen, wobei denn namentlich wieder das schroffe Nebeneinanderseyn von Privatpönalwesen und öffentlichem Strafrechte in Betrachtung wird gezogen werden müssen.

Gehen wir nun auf die Einrichtung der **quaestiones perpetuae** etwas näher ein, so sehen wir hier das Verhältniß des in der Idee richtenden Staats zu seinen Organen in prägnanten Momenten ausgedrückt. Das unmittelbar allgemeine vertritt der **magistratus**, in der Regel also der **Praetor**, die Organe sind die **judices**, welche jener im Anfange seiner Amtsführung zu wählen hatte, bald aus dem Senate, bald aus der Ritterschaft, wie denn in diesem Gebiete die politischen Kämpfe mannigfachen Wechsel hervorbrachten. Außer jener allgemeinen Wahl hatte der **Praetor** auch die **delatio** und **receptio nominis**, vielleicht auch die Organisation des Gerichts für den speciellen Fall zu besorgen. Ideell galt er überhaupt immer als die Direction führend, in der eigentlichen Verhandlung aber vertrat ihn ein **judex quaestionis**, vor welchem denn also in der Regel die **interrogatio** des **accusator**, Vernehmung der Zeugen, Prüfung der Urkunden u. dgl. vorging. Auch dieser Vorsitzende mithin, als vom Magistratus gewählt und dessen Stelle vertretend, ist noch als Repräsentant der unmittelbaren allgemeinen Staatsgewalt zu betrachten. Dagegen stehen die **judices** zu dieser nur in mittelbarem Verhältniß; denn auf ihre Zusammensetzung haben die Par-

thieen durch den Grundsatz der **editio** und **rejectio** Einfluß. Eben in dieser Mittelbarkeit, womit das **collegium judicum** die Volksgemeinde repräsentirte, und in der den Partheieen gestatteten Einwirkung auf seine Zusammensetzung liegt der Gedanke der Unpartheilichkeit, das Streben, die Zufälligkeit politischer Verwirrungen und Kämpfe von der Verwaltung der Strafgerichtsbarkeit abzustreifen. Das Collegium, wie es durch **lectio, editio** und **rejectio** zusammengekommen war, und so bis zur Entscheidung des concreten Falls zusammenbleiben mußte, stellte die Volksversammlung im Bilde dar; eben daher konnte es auch lediglich bei der Entscheidung thätig werden, während die Verhandlung von dem **magistratus** oder **judex quaestionis** als bewegendem **agens** zu leiten war; eben daher waren auch die **judices** lediglich an ihr Gewissen verwiesen, und stellten somit wesentlich Geschworene dar. Ferner ging nun auch aus diesem Verhältnisse das System des Anklageprocesses mit Nothwendigkeit hervor. Auch hier nämlich bethätigt sich wieder der Grundunterschied des antiken vom modernen Staate, sofern letzterer als eine außer oder über den Einzelnen schwebende, ersterer dagegen als eine der Gesammtheit der Bürger eingeborene Idee erscheint. Nicht, als könnte es nicht auch heutzutage Republiken geben; in diesen aber ist sich jeder Einzelne nothwendig seiner doppelten Qualität als Subject überhaupt und als Theilhaber der Staatsgewalt bewußt, es ist eine erst vermittelte Einheit zwischen Staat und Volk, — während im Alterthum diese beiden Gedanken unmittelbar ineinander und durcheinander waren. In jenen lebt die Staatsgewalt als ein gewußtes Allgemeines, als ein von den Einzelnen Unterschiedenes, als ein Besitz; in diesen dagegen als eine von ihrer Gesammtheit unzertrennliche Naturnothwendigkeit. Nun ist es allerdings beim öffentlichen Strafrechte überall der Staat, welcher das Princip der Gerechtigkeit aus seiner Verletzung wieder herstellt zur Norm des Gesetzes, worin es sich ob-

jectiv gemacht hat. Denn darin besteht ja eben das Richten. Allein dieses Richten muß nun je nach den verschiedenen Standpunkten auch eine verschiedene Natur annehmen. Ueberall, wo der Staat zum Selbstbewußtseyn vorgeschritten ist, wo er sich in seinen particulären und äußerlichen Momenten als Allgemeines weiß, da muß ihn auch als Richter dieses Selbstbewußtseyn durchdringen. Er muß seinen Gehalt selbstthätig und positiv zu verwirklichen suchen, und so dann auch die Gerechtigkeit, welches die Form der Sittlichkeit im Strafrechte ist. Er wird also nicht nur nicht auf einen Angriff von Seiten des besondern Willens zu warten haben, sondern auch, wenn ein solcher erfolgt ist, positiv selbstthätig diesem gegenüber auftreten müssen; woraus denn für den modernen Staat die Nothwendigkeit der Polizei und des Inquisitionsprocesses folgt. Wo dagegen der Staat nur in unmittelbarer Allgemeinheit, wo er noch in das Volk selbst versenkt ist, da hat er weder das Bedürfniß, noch die Möglichkeit, eine solche stetige, selbstthätige Wachsamkeit auszuüben. Auf seinem festen Fundamente ruhend, begnügt er sich damit, bei einem concreten Angriffe nur überhaupt letztlich seine gekränkte Würde wieder herzustellen. Denn eben indem die ganze Gesammtheit der Einzelnen ihn unzertrennlich wie ihre Seele in sich trägt, steht er sinnlich viel mächtiger dem Verbrecher gegenüber; dieser hat neben dem zunächst Verletzten zugleich die ganze Gesammtheit sich gegenüber. Eben aber dieses Verhältnisses des Gegenübers wegen kann das Volk, als unmittelbarer Träger der Staatsgewalt, nicht zugleich als Ankläger und Inquisitor auftreten, sondern muß sich lediglich die Endentscheidung vorbehalten. Und die Richtercollegien erscheinen, bei allen sonstigen Unterschieden, auf diesem Standpunkte doch gerade nur als Abbilder der Volksversammlung. Der richterliche Ausspruch ist freilich auch hier das sich durchsetzende Allgemeine selbst; aber diese Durchsetzung geschieht noch unmittelbar durch die Gesammtheit selbst, weil solche den Staat ganz in sich hat

und Gesetzgeberin und Richterin zugleich ist; sie ist neben dem Ausspruche der Gerechtigkeit zugleich der Ausspruch der öffentlichen Meinung. Die Gesammtheit aber, wenn ein Urtheil zu Stande kommen soll, muß möglichst unpartheiisch seyn, daher den Proceß außer sich vorgehen sehen, eben wie auch in der griechischen Tragödie der Chor, um die leidenschaftlose, letzte Stimme der ächten Wahrheit abgeben zu können, sich nicht in die Handlung einmischt. Gerade so wurde **coram populo** oder **coram judicibus** der Proceß als ein Drama aufgeführt. Beide Parthieen suchten ihre Behauptungen zu beweisen, sie rückten mit allem Pompe von Patronen, Subscriptoren, Laudatoren, Zeugen, Urkunden rc. auf; die richtende Versammlung blieb passiv, bis die Sache nach ihren Momenten völlig auseinandergelegt war; dann wohl sprach sie aus, was die Wahrheit in diesem Falle sey. Es konnte zwar oft vorkommen, daß der Ankläger durch ein **imperium**, welches er hatte, in seiner Thätigkeit auch von Seiten des Staates mannigfaltig begünstigt war; allein dabei erschien er doch nicht als Organ des Staats, und in der Idee blieb der Staat als Richter von dem Staat, welcher dem Ankläger zur Auffindung der Beweise behülflich war, durchaus getrennt. Der Hauptzweck war immer, daß die richtende Versammlung möglichst unpartheilich seyn, daß die öffentliche Stimme möglichst ungetrübt von vorgefaßten Meinungen, wozu die Inquisition immer führt, sich aussprechen solle, daher auch alles Heimlichthun verbannt; vielmehr der Zugang zu den criminalgerichtlichen Verhandlungen überall frei und offen war. Der Ankläger mußte mit allen Mitteln, die ihm zu Gebote standen, von der Schuld des Beklagten, dieser dagegen von seiner Unschuld zu überzeugen suchen; die Richter hatten nur zu entscheiden, welcher von beiden Recht habe, also nur ihr **absolvo**, **condemno**, **non liquet** auszusprechen. Daraus resultirten denn aber auch für das innere Strafrecht wieder höchst wichtige Momente. Indem nämlich

einmal nicht der Staat selbst die Beweise aufsuchte, band er sich auch hiedurch nicht die Hände; es fiel also die Vereinseitigung der Wahrheit überhaupt zur bloßen juristischen Wahrheit, ihre Messung nach Graden, überhaupt die fesselnde Formalität einer abstracten Beweistheorie hinweg; die Beweise wurden vielmehr der Versammlung schon fertig vorgelegt und hatten lediglich die Tendenz, überhaupt auf ihre Ueberzeugung zu wirken, daher sie das ganze Reich menschlicher Vorstellungen, Empfindungen und Bestrebungen zu ihrer Unterlage hatten und sich nicht in einen juristischen Model zwängen mußten. Daher kam es, daß, wenn nur überhaupt irgend welche Manifestation des verbrecherischen Willens nachgewiesen war, bereits Strafe, ja sogar die Strafe des vollendeten Verbrechen erfolgen konnte, wo vielleicht heutzutage nicht einmal wegen Versuchs gestraft werden könnte, daß aber zugleich aller Scharfsinn im Zusammenstellen der Beweise nicht helfen konnte, wenn nicht die moralische Ueberzeugung von der vorhandenen Schuld in den Richtern erzeugt wurde, wie denn auch dem Ankläger der Angeklagte ganz mit gleicher Berechtigung und Macht auf die Ueberzeugung zu wirken gegenüber stand. Sodann erklärt sich daraus weiter, daß im Anklageproceß das subjective Moment fast nie unmittelbar hervortreten, daß also namentlich nicht die Tendenz, ein Geständniß um jeden Preis zu erlangen, stattfinden konnte, vielmehr das Subjective nur immer in äußeren Manifestationen nachgewiesen werden mußte. Es ist keine Frage, daß die daraus sich bildende Gewohnheit nur aus objectiven Zeichen das Innere zu errathen, zweien Momenten des Römischen Strafrechts sehr befördernd entgegenkommen mußte, nämlich einerseits dem Umstand, daß — wie man sich heuzutage, wenn gleich nicht richtig, ausdrückt — der Versuch wie die Vollendung, der Gehülfe wie der Urheber gestraft wird, andererseits dem Umstand, daß lange hin nur zwischen dolus und casus unterschieden ward, der Begriff der culpa dagegen unentwickelt blieb.

Kehren wir nun also zu dem Cornelischen Gesetze über die Tödtung zurück, so ist uns dieses Gesetz freilich nicht in seiner ursprünglichen Gestalt aufbehalten worden; sondern kann nur aus den Anführungen juristischer und nichtjuristischer Schriftsteller restituirt werden. In den Quellen aber finden wir es mit dem Apparate späterer, gesetzlicher und interpretirender Rechtsbildung mannigfaltig durchzogen und vermischt. Was daher ganz unbezweifelt der ursprünglichen Gestalt des Gesetzes angehört habe, wird sich um so weniger rein ermitteln lassen, als gerade die Nachrichten über den Proceßgang bei diesem Gesetze verloren gegangen sind, weil nach dem Aufhören des alten **ordo judiciorum publicorum** hiefür kein practisches Interesse mehr obwaltete, hierauf also nur aus dem allgemeinen Wesen der **quaestiones perpetuae** Schlüsse gemacht werden können. Indessen kann bei der vorliegenden Untersuchung diese Mißgunst der Zeiten leichter ertragen werden, da es uns weniger darauf ankommt, den Zeitpunkt genau auszumitteln, in welchem der Entwicklungsproceß des Begriffs sich äußerlich manifestirte, als vielmehr diesen selbst nach seinem innerlichen Wesen herauszufinden und darzustellen.

Die classische Stelle über das Capitel **de sicariis** ist die von

**Ulpianus libro VII. de officio Proconsulis sub titulo de sicariis et veneficis (Coll. leg. Rom. et Mos. I. §. 3.): Capite primo legis Corneliae de sicariis cavetur, ut is Praetor judexve quaestionis, cui sorte obvenerit quaestio de sicariis, ejus quod in urbe Roma propius mille passus factum sit, uti quaerat cum judicibus, qui ei ex lege sorte obvenerint, de capite ejus qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa, hominemve occiderit, cujus id dolo malo factum fuerit.** [48]

48) Cf. Cicero pro Cluentio. Cap. 54. Paulus Rec. sent. lib. V. 23 § 1. Collat. 1. § 2. — Cicero pro Rabirio Cap. 6. Idem or. in Anton. II. Cap. 4. Papinian. lib. sing. de adult.

Wie es überhaupt die drei großen römischen Gesetzgeber Sulla, Cäsar und August nicht auf eine systematisch geordnete, abgerundete Criminallegislatur abgesehen hatten, so scheint Sulla auch hier zunächst mehr von einem Bedürfnisse seiner Zeit, als von der Absicht, ein umfassendes Gesetz über die Tödtung aufzustellen, geleitet worden zu seyn. Ueber die Tödtung überhaupt war ein Gesetz deßhalb nicht nöthig, weil dieselbe, wie wir gesehen haben, sowohl in den königlichen Gesetzen, als in denen der 12 Tafeln, mit Strafe bedroht war. Auch konnten diese älteren Gesetze in Verbindung mit der **lex Aquilia** wohl so lange genügen, als das Verbrechen ein seltenes und schon von der öffentlichen Meinung strenge gerichtetes war.[49] Allein dieser Zustand der Dinge hatte sich gar sehr geändert, seit die politischen Unruhen alle Leidenschaften entfesselten, Zucht und Sitte darniedergetreten waren, und der Ehrgeiz der Machthaber mit Menschenleben ein offenkundig Spiel trieben. Namentlich war durch jene Partheikämpfe ein eigenes Geschlecht der Menschen, die wahre Pest des römischen Staats, das Geschlecht der **sicarii** auf die Beine gebracht worden.[50] Bursche, die um Lohn mordeten, und dieses Geschäft wie eine freie Kunst betrieben. Man weiß, zu welcher furchtbaren Höhe um Sullas Zeit dieses Uebel sich gesteigert hatte;[51] und so konnte der Gesetzgeber wohl von dieser Menschenklasse die nächste Veranlassung dazu nehmen, neue Bestimmungen über die Tödtung anzuordnen, Bestimmungen freilich, welche zugleich dazu dienten, ein Entwicklungs-

---

(Collat. 4. §. 9.). §. 5 J. de publ. judiciis. l. 1. pr. D. ad leg. Corn. de sic. lib. 7. C. h. t.

49) Cicero pro Tullio. ed. Peyron. §. 8. sq.

50) Sanio a. a. O. S. 78 ff.

51) Sallust. Catilin. cap. 14. Cic. in Catil. II. 1. III. 3. in f, cap. 5. de harusp. resp. 16. pro Milone. cap. 7. 14. 24. pro Rosc. Amer. cap. 3. in f. u. sonst. s. Sanio l. c. S. 79. Not. 37.

stadium des strafrechtlichen Begriffs zu manifestiren. Mochte nämlich gleich Sulla zunächst nur daran denken, dem Unfuge der **Sicarii** steuern zu wollen (hierauf legt Sanio großes Gewicht) so spricht sich doch das Gesetz selbst weit allgemeiner aus, indem es jede dolose Tödtung unter sich begreift, wenn schon von der ursprünglichen Veranlassung her der Name **de Sicariis** blieb.

Sehen wir den Inhalt des Gesetzes näher an, so finden wir die Strafe desselben einmal demjenigen gedroht, **qui hominem occiderit, cujus id dolo malo factum fuerit**, und zweitens demjenigen, **qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa.** Ueber die Bedeutung der ersteren Formel s. die gründliche Ausführung im ersten Cap. der cit. Schrift von Sanio,[52] welcher zu zeigen sucht, daß 1) Subject des Verbrechens Jedermann habe seyn können, **omnes mortales, omnesque viri, mulieres, liberi, servi (Cicero)**, wenn gleich bei **servis alienis** wohl längere Zeit hindurch noch Dedition der Schuldigen vorgekommen seyn möge; 2) daß die **lex** als Objekt des Verbrechens sowohl Sklaven (fremde nämlich), als Peregrinen, sowohl Männer, als Weiber angenommen habe; 3) daß **occidere = quolibet modo mortis causam praebere** sey.[53] Dieser Theil des Gesetzes ging sonach im Wesentlichen nicht weiter, als das alte Gesetz des Numa: **Si quis hominem liberum sciens dolo morti duit, parricida esto.** Namentlich ist hier, wie dort, Hauptrequisit der **dolus malus.** — Um so eigenthüm-

52) **Sanió l. c. p. 1—17.**

53) Ob nach dem ursprünglichen Sinne der **lex** dies zu behaupten sey, möchte noch einigem Zweifel unterliegen. Wenn diese nämlich zunächst auf **sicarii** ging, so möchte das **occidere** eher im Sinne der **lex Aquilia** genommen gewesen seyn, welcher bekanntlich in Betreff des **mortis causam praebere** gleichfalls erst durch die Interpretation **actiones in factum** supplirt wurden.

licher tritt dagegen der zweite Theil des Gesetzes auf. Der gleichen Strafe, wie der **qui hominem occiderit,** soll derjenige verfallen, **qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa.**

Diese Bestimmung bezog sich ohne Zweifel zunächst auf die **sicarii,** indem es bei diesen hauptsächlich vorkommen mochte, daß sie **hominis necandi furtive faciendi causa cum telo ambulabant.** Gewiß mit Recht macht Luden, im Hinblick auf die **lex Julia de vi** darauf aufmerksam, daß das **ambulare cum telo** wohl einen bestimmteren Sinn haben müsse, als das in der **lex Julia** erwähnte und mit der Strafe der **aquae et ignis interdictio** bedrohte **cum telo in publico esse,** nämlich daß es so viel bedeute, als: auf- und abwandeln, aufpassen, auflauern. Zugleich entwickelt derselbe aus dem Wesen des Römischen Criminalprocesses die Ansicht, daß das Factum des Bewaffnetseyns allein nicht hingereicht habe, um die Strafe des **lex Cornelia** anzuwenden, sondern daß der **animus occidendi,** und zwar der gegen ein bestimmtes Individuum gerichtete **animus occidendi,** sich noch durch weitere Thatsachen manifestirt haben müsse. Gewiß ist nun soviel richtig, daß der Ankläger den Richter davon überzeugen mußte, daß der **reus necandi hominis causa** bewaffnet auf und abgegangen sey. Allein es ist wohl nicht zu billigen, wenn aus den Indicien, die regelmäßig zum Beweise dienen mochten, Requisite des Gesetzes selbst gemacht werden. Denn, wenn gleich gewöhnlich der Beweis, daß Jemand **cum telo** an einem gewissen Orte auf und abgegangen sey, nicht hinreichen mochte, um in den Richtern die Ueberzeugung von einer mörderischen Absicht zu begründen, so lassen sich doch auch Fälle denken, wo dies genügen konnte, namentlich wenn man etwa wußte, daß ein Bandit zu einem Morde wirklich gedungen worden war, oder wenn man es überhaupt mit einem berüchtigten Subjecte dieser Classe zu thun hatte u. dgl., besonders da die römischen Richter, wie

Luden selbst zugibt, ihrem Wesen nach Geschworene waren. Abgesehen aber auch hievon, macht ja das Gesetz ausdrücklich nur die Absicht zu tödten zum Bestimmungsgrund der Bestrafung, und läßt die Art und Weise, wie diese Absicht bewiesen werden möge, völlig unbestimmt. Das Eigenthümliche daran gegenüber von modernen Begriffen ist gerade das, daß der verbrecherische Wille als solcher, auch abgesehen vom Erfolge, für strafbar erklärt wird, wobei sich natürlich von selbst versteht, daß, wenn Strafe erfolgen soll, die Existenz dieses verbrecherischen Willens bewiesen werden muß. Also gerade die Abstraction von der äußerlichen Manifestation des Willens ist dasjenige, was das römische Gesetz auszeichnet, indem es diese Betrachtung lediglich an den Proceß verweist; und ebendaher ist es wohl nicht richtig, das Römische Recht so zu erklären, als wollte es in jener Formel eine Bestimmung über den Versuch der Tödtung geben. Denn der Begriff des Versuchs setzt immer schon das Voraus, was das Römische Recht ausdrücklich unerwähnt läßt, eine bestimmte Manifestation des Willens. Denkt man sich freilich das Gesetz in lebendiger Wirkung, so wird es allerdings darauf hinauskommen, daß man sagen kann, es sey der Versuch der Tödtung (im heutigen Sinne) durch die **lex Cornelia** bestraft worden, eben weil wohl in der Regel der Ankläger solche Thatsachen selbst beibringen mußte, welche unter den heutigen Begriff des Versuchs fallen würden. Allein, wie gesagt, läßt sich dies nicht für alle Fälle durchgreifend behaupten, und, was die Hauptsache, es wird dabei der wesentliche Gesichtspunkt außer Augen gesetzt, von welchem das Römische Recht ausgeht; das nämlich, daß es den Willen als solchen zum Grund der Bestrafung macht, ohne Rücksicht auf seine, vollständige oder unvollständige, äußerliche Bethätigung, die hier nur als Beweismittel fungirt, wie es denn heißt:

**Et ex re constituendum hoc; nam si gladium strixerit**

**et in eo percusserit, indubitate cum animo occidendi id eum admisisse.** [54]

Darin nämlich ist gewiß mit Sanio und Luden übereinzustimmen, [55] daß das Römische Recht kein allgemeines, formelles Gesetz über die Strafbarkeit des Versuches enthalte; denn der Begriff des Versuches läßt sich nur dem des vollendeten Verbrechens gegenüber denken; der letzte aber hängt lediglich von den Vorschriften der positiven Gesetze ab. Was die Gesetze mit Strafe belegen, das ist ein vollendetes Verbrechen, wenn und sobald so viel geschehen ist, als das Gesetz zur Anwendung der Strafe als Bedingung vorgeschrieben hat. Wenn also eine Gesetzgebung solche Handlungen, welche (wenn man die Absicht des Handelnden im Auge hat) nichts sind, als der Anfang eines Verbrechens, so bezeichnet, daß sie der Form nach als vollendete Verbrechen erscheinen, so kann sie ohne große Widersprüche nicht zugleich den formellen Begriff des Versuchs und der Strafbarkeit desselben aufstellen. Daß aber im Römischen Criminalrechte der bezeichnete Weg eingeschlagen worden sey, ist von den oben Genannten gegen Cropp [56] zur Genüge erwiesen worden. Jene Schriftsteller haben gezeigt, daß die Ausdrücke **perfectum, imperfectum flagitium** durchaus keine technische seyen, und daß **voluntas sceleris, consilium** u. dgl. nicht so viel bedeute, als Versuch des Verbrechens, daß vielmehr, auch wenn von einem **imperfectum flagitium** die Rede oder auf **voluntas sceleris, consilium, tentare crimen etc.** Strafe gesetzt sey, jederzeit formell vollendete Verbrechen

54) L. 1. § 3. D. ad leg. Corn. de Sic.

55) Auch schon Bynkershoek Observat. jur. Rom. Lib. III. c. 10

56) Commentatio de praeceptis juris Romani circa puniendum conatum delinquendi. 1813. cf. Lelièvre Commentatio ad quaestionem juridicam de articulo II. du code pénal. In annalibus academiae Lovaniensis. 1824—25. vol. VIII.

vorliegen. Namentlich haben sie auch das berühmte Rescript des Hadrian:

> **In maleficiis voluntas spectatur, non exitus. (L. 14. D. ad. leg. Corn. de sicar.)**

ganz richtig dahin erklärt, daß dasselbe nicht, wie Cropp behauptet, eine allgemeine Vorschrift über die Strafbarkeit des Versuchs bei **delictis publicis**,[57] noch auch, wie Lelièvre auszuführen sucht, eine solche Vorschrift für **magi** und **augures**, oder wenigstens doch nur für die Fälle der **lex Cornelia de Sicariis** enthalte, sondern daß es lediglich eine Unterscheidung zwischen Zufall (besser Nichtabsicht) und Absicht ausspreche, so nämlich, daß nicht der zufällige, sondern nur der gewollte Erfolg dem Thäter zur Schuld und Strafe angerechnet werden solle. Nur liegt wohl noch außer dem etwas mehr darin. Denn es scheint mir doch nicht mit Luden angenommen werden zu müssen, daß die Stelle gerade nur von einem vorliegenden nicht gewollten verbrecherischen Erfolge zu verstehen sey. Er sagt:

> „Wollte man sich unter **exitus** nur einen gewollten verbrecherischen Erfolg denken, so würde in der Stelle ein arger Widerspruch enthalten seyn. Denn alsdann würde sie sagen, daß auf diesen gewollten Erfolg nicht gesehen werden solle, während doch die ersten Worte vorschreiben, daß gerade auf den Willen gesehen werden solle. Ich kann daher mit Sanio nicht übereinstimmen, insofern er annimmt, daß sich das Rescript Hadrians auch auf den Fall bezogen haben könne, da Jemand einen Menschen habe tödten wollen, aber nicht getödtet habe, und daß durch dasselbe die Regel aufgestellt werde, er solle dennoch wie ein Mörder bestraft werden."

Diese Behauptung Ludens verstehe ich um so weniger,

---

57) cf. Bynkershoek Obs. III. 10. Noodkerk Obs. cap. 10. Die Ansichten Anderer s. bei Sanio.

als er selbst darauf hinweist, daß dem gedachten Rescripte wohl derselbe oder ein ähnlicher Fall zu Grunde liegen müsse, wie einem andern von Marcian und Ulpian erwähnten Rescripte desselben Kaisers. Marcian erzählt:

> **Divus Hadrianus rescripsit, eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et, qui hominem non occidit, sed vulneravit tantum, ut occidat, pro homicida damnandum.** [58]

und Ulpian sagt:

> **Distinctionem casus et voluntatis in homicidio servari rescripto Hadriani confirmatur. Verba rescripti: Et qui hominem occidit, absolvi solet, scilicet si non occidendi animo id admisit, et qui non occidit, sed voluit occidere, pro homicida damnatur.** [59]

In dem von Marcian und Ulpian angeführten Rescript ist ja offenbar auch der von Sanio gesetzte Fall enthalten. Es wurden sich entgegengesetzt 1) eine wirklich erfolgte Tödtung ohne animus occidendi, und 2) eine beabsichtigte Tödtung ohne den effectus sceleris. Im ersten Fall soll Absolution von der Strafe eintreten, im zweiten der Thäter pro homicida damnari. Also nicht nur der von Sanio aufgestellte Fall, sondern auch die daraus abgezogene Regel findet sich in dem gedachten zweiten Rescripte des Hadrian vor. Nur so viel ist zuzugeben, daß nicht bloß von einem gewollten verbrecherischen Erfolge in l. 14. cit. die Rede sey. Nicht aber, daß von einem solchen nicht die Rede sey. Denn der von Luden behauptete Widerspruch ist keiner, da seine Consequenz unrichtig ist. Wenn er nämlich meint, nicht auf den gewollten verbrecherischen Erfolg und nicht auf den Willen sehen — sey eines und dasselbe, so irrt er

58) L. 1. § 3. D. ad leg. Corn. de sic.
59) Collater leg. Rom. et. Mos. 1. §. 6.

offenbar. Aus der Vergleichung beider Rescripte geht vielmehr hervor, daß **exitus** beides bedeutet, einen gewollten und einen nicht gewollten Erfolg, und daß der Kaiser nichts Anderes aussprechen will, als das Grundprincip des Römischen Strafrechts: der Wille sey das Strafbare, nicht der äußere Erfolg. Eben aus diesem Grundsatze nämlich folgt beides, 1) daß eine wirklich erfolgte Tödtung ohne **voluntas occidendi** nicht der Strafe verfällt, 2) daß die **voluntas occidendi** auch ohne den beabsichtigten Erfolg der Strafe der Tödtung unterliegt; es folgt aber auch 3) daraus, daß selbst bei einer wirklich erfolgten Tödtung mit vorausgegangenem **animus occidendi** nicht der **eventus**, sondern die **voluntas** der Grund der Strafzufügung sey.

Dieser Grundsatz eben ist der Hauptnerv der **lex Cornelia de Sicariis** und einer Menge anderer Römischer Gesetze. In ihm manifestirt sich auch gerade der charakteristische Geist des Römischen Criminalrechts; und er ist der Grund dafür, daß hier so viele Handlungen, welche nach unsern Begriffen als bloße Versuche von Verbrechen erscheinen, unter der Form von vollendeten Verbrechen auftreten. Es ist sonach vollkommen richtig, daß die Frage über die Strafbarkeit des Versuchs im Römischen Criminalrechte gar nicht angeregt werden kann, deshalb nämlich, weil zum Begriff des Versuchs die äußerliche Manifestation des verbrecherischen Willens als integrirendes Moment gehört, von diesem Momente aber das Römische Strafrecht durchaus absieht. Eben dieser Hauptgrund aber tritt in den sonst so gründlichen Ausführungen der genannten Schriftsteller nicht hervor, vielleicht weil sie fürchteten, in den Fehler des von ihnen getadelten Cropp selbst zu verfallen. Das, was beide verführt, ist die Betrachtung, daß der verbrecherische Wille positiv nie anders strafbar werden könne, als wenn er sich irgendwie äußerlich manifestirt habe. Deshalb legen sie soviel Gewicht darauf, daß die Ausdrücke **voluntas**, **consilium** &c. überhaupt nicht als technische zu

nehmen seyen (daß sie nicht soviel als Versuch bedeuten, gebe ich zu), und daß die davon handelnden Stellen nicht allgemein genommen werden dürfen. Denn freilich, sobald man sich mit dem Begriffe des **consilium &c.** den der faktischen Manifestation als unzertrennlich verbunden denkt, so hat man, sobald man ihn verallgemeinert, eben den Begriff, der sich in den des versuchten und den des vollendeten Verbrechens spaltet. Nun ist soviel allerdings gewiß, daß zum Begriffe des Verbrechens ebensowohl die innere als die äußere Seite gehört, daß der verbrecherische Wille, wenn der Staat soll strafen können, irgendwie äußerlich in den Gesichtskreis des Staates gefallen seyn muß. Allein der Unterschied des Römischen Criminalrechts von dem neueren, jenes vorausgesetzt, besteht darin: das moderne Criminalrecht nimmt beide Seiten am Verbrechen als gleich wesentlich an, woraus die Lehre vom subjektiven und objektiven Thatbestande hervorgeht; erst aus der Vereinigung dieser beiden Momente geht ihm der abgeschlossene Begriff eines bestimmten Verbrechens hervor, der ganze subjektive verbrecherische Gehalt muß sich in der objektiven Welt äußerlich gemacht haben. Ist dies nicht geschehen, so gilt das Verbrechen nicht als vollendet, sondern nur als versucht; es kommt dies dem Verbrecher zu gut und er schlüpft mit einer geringeren Strafe durch. Gerade diese nothwendige Verbindung beider Seiten aber wird vom Römischen Rechte nicht anerkannt. Zwar kann auch hier, wie sich von selbst versteht, das gar nicht objektivirte Subjektive keiner Strafe unterliegen, **cogitationis poenam nemo patitur**; allein der äußere Erfolg ist nur das Beweismittel für den allein strafbaren subjektiven verbrecherischen Gehalt, und es wird nicht erfordert, daß dieser Erfolg der Absicht vollkommen entspreche, vielmehr genügt auch eine ihm nicht korrespondirende faktische Manifestation, um die ganze Strafe zu verhängen. Wer daher nur daran gedacht hatte, einen Andern zu tödten, der konnte keiner Strafe verfallen; dagegen wurde

qui hominem vulneravit, ut occidat, ja wer nur necandi hominis causa cum telo ambulabat, pro homicida bestraft, gleichwie nach Kap. 5. desselben Gesetzes bestraft wurden, quicunque venenum hominis necandi causa fecerint, vendiderint, emerint, habuerint, dederint, [60] oder nach der lex Julia de vi publica, qui arma, tela domi suae agrove in villa praeter usum venationis vel itineris vel navigationis coegerit, [61] quive turbae seditionisve faciendae consilium inierit servosve aut liberos homines in armis habuerit, [62] quive pubes cum telo in publico fuerit, quive in incendio rapiendi causa, quive in concione aut ubi judicium publice exercetur, cum gladio aut telo fuerit, [63] — quive petiturus magistratum turbam suffragiorum causa conduxerit, servos advocaverit, aliamve quam multitudinem conduxerit, [64] — und nach der lex Julia majestatis judex, cujus opera dolo malo consilium initum erit, quo armati cum telis lapidibusve in urbe sint conveniantve adversus rempublicam, loca occupentur vel templa, quove coetus conventusve fiat, hominesve ad seditionem convocentur, cujusve opera, consilio, dolo malo consilium initum erit, quo quis magistratus populi Romani, quive imperium potestatemve habet, occidatur &c. [65] — oder, wie es in l. 1. pr. (cf. l. 1. § 2. eod.) D. de extraord. crimin. heißt: Sollicitatores alienarum nuptiarum itemque matrimoniorum interpellatores etsi effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosae

60) l. 3. pr. D. ad l. Corn. de sic. cf. Cic. pro Cluentio. c. 54.
61) l. 1. D. ad l. Jul. de vi publ.
62) l. 3. pr. § 1. D. eod. Paul. R. S. V. 25. § 3.
63) l. 10. pr. D. eod.
64) Paul. R. S. V. 30. A.
65) l. 1. § 1. D. ad leg. Jul. majest. cf. l. 11. pr. D. ad leg. Jul. pecul. l. 2. D. de l. Jul. de annona. cf. Et is qui volens transfugere adprehensus est, capite punitur. l. 3. § 11. D. de re milit.

libidinis extra ordinem puniuntur; wie denn auch der Kaiser Arcadius sagt: **cadem enim severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri jura voluerunt**; oder eine Stelle im Theodosischen Codex: **cum pari sorte leges scelus quam sceleris puniant voluntatem.** Beide letzteren Stellen sprechen offenbar einen allgemeinen Grundsatz aus, auf welchen sich eben die Kaiser bei der Entscheidung besonderer Fälle berufen; die erste nimmt noch ausdrücklich auf das ältere Recht Bezug. Wenn Luden für die Behauptung, daß diese Stellen nicht denselben Sinn haben, wie das Hadrianische Rescript, den Grund anführt, daß in ihnen **seclus** und **effectus** der **voluntas** gleich, in **l. 14. D. ad leg. Corn. de sic.** dagegen derselben gegenüber gesetzt werden, so ist dies nicht stichhaltig, da in einem höheren Sinne alle drei Stellen dasselbe sagen, das nämlich: daß überall nur die **voluntas** das Strafbare, der Erfolg aber an und für sich das Gleichgültige sey; daß es daher für die Strafe auf Eins hinauslaufe, ob der Erfolg des verbrecherischen Willens vollständig oder nicht vollständig zu Tage gekommen sey, wenn das böse Innere nur überhaupt sich äußerlich manifestirt habe. Aehnliche Grundsätze sprechen auch die klassischen Juristen aus; so Paulus: **Maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit,** [66] und an einem andern Orte: **Consilium uniuscujusque non factum puniendum est,** [67] oder in näherer Anwendung auf die **lex Cornelia: dolus pro facto accipitur.** [68] Es wird nun zwar mit einigem Scheine die Stelle von **Claud. Saturninus lib. sing. de poenis paganorum (l. 16. § 8. D. de poenis)** entgegengehalten. Nachdem dieser nämlich ausgesprochen hat:

**Aut facta puniuntur, ut furta caedesque, aut**

---

66) l. 53. pr. D. de furt.
67) Paul. R. S. V. 23. § 3.
68) l. 7. D. ad leg. Corn. de sic.

**dicta, ut convicia et insidae advocationes, aut scripta, ut falsa et famosi libelli, aut consilia, ut conjurationes et latronum conscientia, quosque alios suadendo juvisse sceleris est instar. Sed haec quatuor genera consideranda sunt septem modis: causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, eventu (pr. § 1. ibid.)**

erklärt er das letzte näher so:

**Eventus spectatur, ut a clementissimo quoque facta (quanquam lex non minus eum, qui occidendi hominis causa cum telo fuerit quam eum, qui occiderit, puniat). Et ideo apud Graecos exilio voluntario fortuiti casus luebantur, ut apud praecipuum poetarum scriptum est (Hom. Il. lib. 23. v. 85—88.).**

Sanio[69] behauptet, eventus bezeichne hier nicht bloß einen aus culpa und casus, sondern auch einen aus Absicht hervorgegangenen Erfolg. Er führt dafür die Worte des **Cicero** (or. part. cap. 11. § 38.) an: **Jam facta et eventus aut consilii sunt aut imprudentiae, quae est aut in casu aut in quadam animi permotione.** Allein diese allgemeine Stelle beweist nichts, da sich auch außerdem von selbst versteht, daß man bei dolosen Verbrechen so gut als bei culposen von einem Erfolge reden kann. Hier fragt sich, was Saturninus meint; und gewiß hat Luden Recht, wenn er sagt: „Es ist augenscheinlich, daß diese Stelle nur von culposen Verbrechen handelt; denn das Beispiel, dessen sich Saturninus bedient, ist der Fall einer culposen Tödtung, und die Worte **a clementissimo quoque facta**, die auf den Delinquenten zu beziehen sind, können nur von einer Handlung verstanden werden, die ohne bösen Willen begangen war, und endlich deuten die in Parenthese eingeschalteten Worte, welche von dolosen Verbrechen handeln, unzweideutig darauf hin, daß hier die Rede sey von

69) a. a. O. S. 109. 110. u. 70. 73.

dem Gegensatze doloser Handlungen, also von culposen Verbrechen." [70] Noch weniger Gewicht, als der Ausspruch des Cicero, haben die von Sanio citirten Gesetzesstellen. Denn, wenn z. B. **Callistratus in l. 3. § 2. De de jure fisci** sagt: **Quando autem fraus interposita videatur agendum est, id est, utrum exitus spectari deberet an consilium? — et placuit exitum esse spectandum (cf. l. 1. § 1. D. de statu liberis. l. 1. § 15. l. 10. § 1. D. qu. in fraud. credit.)**, so handeln alle diese Stellen von Verhältnissen, die unter privatrechtlichem Gesichtspunkte stehen, hier also nichts entscheiden können. Und nur in Beziehung auf diese spricht Papinian die Regel aus: **Fraudis interpretatio semper in jure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur (l. 79. D. de R. J.)**. Auch die in Note 31. bei Sanio angeführte Stellen leiden keinen Bezug hieher, da sie sammt und sonders von Privatdelikten handeln, die überhaupt nur durch den **exitus** zu Verbrechen wurden. Die Stelle des Saturninus steht somit der Ansicht nicht entgegen, daß das Römische Strafrecht bei dolosen Verbrechen (natürlich nur solchen, welche in den Kreis des öffentlichen Strafrechts fielen,) auf den **eventus** keine Rücksicht genommen habe. Nun legt aber Sanio vornämlich auch auf den Eingang der Stelle des Saturninus ein großes Gewicht, woselbst gesagt wird, es werden **aut facta, ut furta, aut dicta, aut scripta, aut consilia** bestraft. Er sucht auszuführen, die klassischen Juristen haben überhaupt von keinem Systeme des Criminalrechts gewußt und sich lediglich der Interpretation einzelner Gesetze hingegeben. Die Römische Gesetzgebung habe nämlich überhaupt **consilia, scripta, dicta, facta promiscue** aufgezählt, dabei nicht bestimmte **consilia** auf bestimmte **facta** bezogen und es überhaupt nicht auf wissenschaftliche Consequenz und

70) a. a. O. S. 29. 30. cf. **Cropp l. c. p. 52. sq.** und die bei Sanio citirte Literatur.

eine genaue Feststellung des Thatbestands, sondern vielmehr nur darauf abgesehen, daß mögliche Umgehungen des Gesetzes gehindert würden. An einem andern Orte wird (in besonderem Bezug auf die **lex Cornelia de sicariis**) gesagt, die Römische Gesetzgebung habe das juristische und polizeiliche Element häufig vermischt, indem sie bei den verworrenen politischen Zuständen es sich habe angelegen seyn lassen müssen, auch die Gelegenheit zur Ausübung von Verbrechen durch Strafandrohungen abzuschneiden. Die klassischen Juristen nun also haben mit diesem rechtlichen Stoffe bloß interpretirend verfahren, ihre allgemeineren Bemerkungen seyen deshalb nicht für systematische Principien, sondern nur für Resultate vergleichender Jurisprudenz, nicht für Manifestationen substantieller Begriffe, sondern für bloße aposteriorische Reflexionen anzusehen. — Hiebei scheint mir nun Sanio vor Allem zu viel Gewicht auf die Stelle des Claud. Saturninus zu legen. Bekanntlich sind die römischen Juristen, so trefflich sie erscheinen, wo sie einen concreten Stoff vor sich haben, in ihren Abstraktionen um so unglücklicher; und der beste Beweis hiefür ist diese geistlose, lediglich auf kein Princip, als das des dürrsten Mechanismus zurückführbare Eintheilung des Saturninus. Man kann sich billig wundern, wie es geschehen mag, daß gehaltvollen Aussprüchen klassischer Juristen gegenüber eine solche höchstens für die Erleichterung der Gedächtnißfunktionen taugliche Eintheilung geltend gemacht wird. Während andere, oben erwähnte, Aussprüche klassischer Juristen das hochwichtige Problem zu lösen suchen, was der Grund der Strafbarkeit beim Verbrechen sey, sagt Saturninus bloß oberflächlich, es sey bald für **facta**, bald für **dicta**, bald für **scripta**, bald für **consilia** Strafe festgesetzt. Hiebei erhellt von selbst, daß, wenn man den Begriff des Verbrechens in's Auge faßt, diese Eintheilung viel zu viele Glieder hat; denn **dicta** und **scripta** sind selbst wieder nichts als **facta**, und Saturninus sagt daher eigentlich nur, in den Gesetzen

werde die Strafe bald an **facta**, bald an **consilia** geknüpft. — Hiemit aber wäre gegen die hier vorgetragene Ansicht lediglich nichts gewonnen. Denn das ist unter jeder Voraussetzung natürlich, daß **facta** gestraft werden. Saturninus sagt auch nicht, daß da, wo **facta** gestraft werden, bloß die wirklichen **facta** der Strafe unterliegen. Im Gegentheil führt er gerade für die **facta sensu stricto** als Beispiel **caedes** an, wovon er nachher in § 8. selbst sagt, daß hier im Mindesten nicht eine wirkliche Tödtung erfordert werde, damit die Strafe der **lex Cornelia** verhängt werden könne. Hiedurch beweist er also selbst, daß er nicht Eintheilungsglieder aufführt, die sich gegenseitig ausschließen sollen. Ja, indem er im § 8., wo er vom **eventus ex professo** spricht, ausdrücklich die culposen Verbrechen den dolosen gegenübersetzt, bestätigt er sogar die Ansicht, daß bei diesen der **eventus** gleichgültig und nur das **consilium** das Strafbare gewesen sey. Sanio führt noch einige weitere Stellen an, worin die klassischen Juristen die Frage aufwerfen, ob nach dem einen oder anderen Gesetze **facta, dicta, scripta** oder **consilia** bestraft werden. Allein **l. 52. § 19. D. de furt. l. 1 § 1. D. eod.** und **l. 1. § 1. D. de injur. (Ulp. lib. 37. ad Ed. Paulus. lib. 39. ad Ed. Ulp. lib. 56. ad Ed)** beziehen sich wiederum sämmtlich nicht auf öffentliche Verbrechen, sondern auf Privatdelikte, daher Sanio selbst nicht viel Gewicht darauf legt. Die Stelle von Paulus dagegen **(R. S. V. 29. § 1. in. f.)** ist ganz für uns, wenn es hier heißt:

> **Quod crimen (sc. majestatis) non solum facto, sed et verbis impiis ac maledictis maxime exacerbatur.**

Denn Paulus setzt als Grundsatz voraus, daß, wie sich Sanio selbst ausdrückt, **majestas** schon **consilio minui** könne, d. h. daß alles nur auf den (irgendwie kundgegebenen) bösen Willen ankomme, und fügt nur noch bei, daß seit Aufkommen der **quaestiones extraordinariae** gewisse

besondere Manifestationen dieses bösen Willens mit einer härteren Strafe belegt worden seyen (**crimen** ***exacerbari***). Dadurch gibt er zu, daß das **crimen** selbst auch ohne derlei **facta** und **dicta** vorhanden sey, und erkennt somit als Regel an, daß der **eventus** als solcher nicht von Gewicht sey. Hiebei ist nun allerdings einzuräumen, daß der Ausdruck **consilium** in verschiedenen Beziehungen vorkommt, daß er bald **conscientiam societatemque criminum**, bald **nefarios conatus nec ad exitum perductos** (wie man es wenigstens heutzutage nennen würde) bedeutet und daß dies auch aus der gewöhnlichen Formel: **cujus ope consilio, cujus dolo malo id factum erit, quive id fieri jusserit faciendumve curaverit** hervorgeht. Allein das Wesentliche ist eben das, daß in allen diesen Beziehungen immer Ein Grundgedanke hervortritt, der nämlich: daß der böse Wille das Strafbare sey, gleichviel, ob er seinen ganzen Gehalt objektivirt, oder ob er sich nur überhaupt äußerlich geltend gemacht habe.

Auch hier ist nun gerade wieder der Unterschied des öffentlichen Strafrechts und des Privatpönalwesens von der höchsten Bedeutung. Bei dem letzteren wird überall zunächst nur auf den Erfolg gesehen, und erst, wenn dessen Existenz festgestellt ist, wird nun weiter nach der bösen Absicht rc. gefragt. Hievon ist schon oben bei Gelegenheit der Privatdelikte die Rede gewesen. Besonders merkwürdig offenbart sich aber das Verhältniß bei solchen Privatdelikten, wo sich eine intellektuelle Urheberschaft denken läßt. Während nämlich im Kreise des öffentlichen Strafrechts der intellektuelle Urheber, der Gehülfe rc. gerade so wie der physische Urheber bestraft werden, wenn auch das Verbrechen nicht (im heutigen Sinne) als vollendet erscheint, so konnte bei den Privatdelikten die Frage hiernach nur dann entstehen, wenn das Delikt wirklich consummirt war. So sagt Ulpian (**l. 52. § 19. D. de furt.**): **Consilium dare tunc nocet, cum**

secuta contrectatio est.[71] und Pomponius (l. 36. pr. D. de furt.) eum, qui servo persuasit ut fugeret, furti non teneri, tunc autem incipere teneri, cum quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio ejus furtum factum; und Ulpian (l. 15. § 10. D. de injur.): Si curaverit quis convicium alicui fieri, non tamen factum est, non tenebitur. Daß bei Privatdelikten überhaupt hiernach gefragt wurde, gehört zu den Anomalien, welche durch das Nebeneinanderbestehen jener zwei in ihren Principien grundverschiedenen Systeme, wobei es nicht fehlen konnte, daß Manches von dem Einen auf das Andere überging, herbeigeführt wurde.

Sanio stellt zum Schlusse seiner Polemik gegen den Versuch, im Systeme des Römischen Criminalrechts eine formelle Vorschrift über die Strafbarkeit des Versuchs zu finden, noch einige allgemeine Betrachtungen an. In der ältesten Zeit, sagt er, wo die Verbrechen mehr noch als bloße Verletzungen der Einzelnen erschienen seyen, mögen die Versuche als unschädlich keine Reaktion hervorgerufen haben, oder wenigstens nur bei größeren Verbrechen. So sey auch bei den Römern gegen manifestos rerum capitalium eingeschritten worden, ohne zwischen Ahndung des schon Begangenen und Schutz gegen das erst zu Begehende zu unterscheiden, erst unter der Form der erlaubten Selbsthülfe; was dann auch das öffentliche Strafrecht bei den auf handhafter That Ergriffenen angenommen habe. So sey es allerdings geschehen, daß man in solchen Fällen ohne Rücksicht auf den Erfolg gestraft habe. Sodann habe auch die Sorge für die öffentliche Sicherheit manche Strafandrohungen gegen bloße verderbliche consilia hervorgerufen, wobei denn aber nicht zu vergessen sey, daß einmal oft der nach dem Gesetze Schuldige, wegen Mangels oder Unsicher-

71) Cf. Paulus in l. 53. § 1. D. de V. S. und Ulp. in l. 36. D. de furt.

heit des exitus von den Richtern werde freigesprochen worden seyn, und dann, daß häufig durch freiwilliges Exil der Strafe prävenirt worden sey. Ueberhaupt sey der Staat bei den Römern auf keinen so festen Grundlagen gestanden, daß er gleichsam jeden einzelnen Bürger in seinen Schutz aufnehmen und für das Wohl eines Jeden ex officio habe Sorge tragen können; auch bei judiciis publicis habe man sich daher damit aushelfen müssen, durch außerordentliche Maaßregeln (aquae et ignis interdictio für den Gefährlichen) gegen besonders große Gefahren den Einzelnen zu sichern. — Bei besser gegründeter Staatsverfassung unter den Kaisern sey freilich mit den criminibus extraordinariis auch die Bestrafung nicht vollendeter Verbrechen aufgekommen; und, nachdem seit Constantin die Kaiser sich in der Androhung der allerhärtesten Strafen gefallen haben, sey es freilich dahin gekommen, daß auch bloße Versuche einer ebenso harten Ahndung, als vollendete Verbrechen, nicht haben entgehen können.

Allen diesen Betrachtungen ist ein gewisser Werth allerdings nicht abzusprechen, sofern sie zeigen, durch welche äußere Gründe sich die innere Entwicklung des Römischen Strafrechts vermittelt habe. Dagegen sind sie von keinem Belange, wenn sie darthun sollen, daß eine solche durchgreifende innere Entwicklung nicht stattgefunden habe. Ueberhaupt heißt es wohl in der historischen Methode etwas zu weit gehen, wenn man alles aus derlei äußeren Gründen, die doch meist nur zufällige, lokale oder temporäre, Erscheinungen sind, ableiten will, und sich gegen die Entwicklung der allgemeinen Gedanken sperrt, durch welche allein auch diese Erscheinungen erst ihre wahre historische Bedeutung erhalten. So ist es dann wohl gewiß ganz richtig, daß die in der älteren Zeit bei der erlaubten Selbsthülfe vorkommende Nichtunterscheidung zwischen tuitio und ultio dem später ausgesprochenen Grundsatze des öffentlichen Strafrechts, daß der irgendwie in die Erscheinung getretene ver-

brecherische Wille die volle Strafe verdiene, zur Vorbereitung gedient habe, und ebenso daß durch diesen Grundsatz die öffentliche Sicherheit sehr befördert worden sey. Allein gewiß können solche Gründe nicht erklären, wie ein so durchgreifender allgemeiner Grundsatz in eine ganze Gesetzgebung kommen konnte. Der erste erscheint vielmehr selbst nur als ein Produkt dieser Idee in roher unmittelbarer Form; der zweite stellt weniger einen Grund, als vielmehr nur eine Folge desselben dar. Mit Recht sagt daher Luden, welcher mit Sanio darin übereinstimmt, daß die Ausdrücke **imperfectum flagitium, voluntas sceleris** und dergl. nicht als technische zu nehmen seyen, nun doch weiter:

> „Aber es ist einleuchtend, daß der Gesetzgeber, wenn er Handlungen für Verbrechen erklärte, die an und für sich vielleicht noch gar keinen verbrecherischen Erfolg hatten, dieses nur wegen ihrer verbrecherischen Richtung gethan hat. Wenn daher auch diese Handlungen formell genommen wegen der Fassung der Römischen Strafgesetze für vollendete Verbrechen anzusehen sind, so sind sie doch materiell und nach unsrer jetzigen Betrachtungsweise genommen nichts weiter, als Versuche von Verbrechen.“ [72]

Nur glaube ich, daß auch diese Vergleichung mit unsern modernen Begriffen den Standpunkt des Römischen Rechts nicht erschöpft. Wenn z. B. die **lex Cornelia** auch den **qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa**, oder den, **qui venenum vendiderit, emerit, habuerit &c.** mit der vollen Strafe belegt, so geht sie offenbar weit über den eigentlichen Gesichtspunkt des Versuchs hinaus; denn in den meisten dieser Fälle läßt sich nach heutigen Begriffen von einem Versuche noch gar nicht sprechen, deshalb, weil diesem Begriffe eine Correspondenz zwischen der inneren und äußeren Seite des Verbrechens

72) a. a. O. S. 31.

zu Grunde liegt, weil hier erfordert wird, daß der verbrecherische Wille sich in einer ihm entsprechenden Handlung verwirklicht haben müsse. Freilich zeigt sich nun bei Luden überall das Bestreben, die derartigen Bestimmungen des Römischen Rechts so zu erklären, daß sie materiell ganz mit dem zusammenkommen, was wir heutzutage als Versuche von Verbrechen gelten lassen müßten. Allein ich glaube: mit Unrecht. Denn, wenn er sich auf die Römische Gerichtsverfassung beruft und behauptet, man habe, um die Richter zu überzeugen, doch immer solche Indicien anführen müssen, die nach modernen Ansichten das Daseyn eines verbrecherischen Versuchs begründen würden, so ist hiegegen schon oben erinnert worden, einmal, daß bei der Geschworenen-Qualität der Römischen Richter dies nicht als durchgängig nothwendig behauptet werden kann, und zweitens, daß es unrichtig ist, eine Folge der prozessualischen Einrichtung als Requisite in die Strafgesetze selbst herüberzutragen. So kommt es denn auch, daß Luden immer einen sehr künstlichen Beweis führen muß, wenn er die einfachen Ausdrücke der Römischen Gesetze zu Versuchshandlungen im neueren Sinne stempeln will, welche Mühe er sich hätte sparen können, wenn er den richtigen Gesichtspunkt anerkannt hätte, daß nämlich das Römische Recht überhaupt auf den Erfolg nicht als auf ein wesentliches Moment reflektirt, sondern diese Seite des Verbrechens dem Criminalprozesse überweisend, hauptsächlich nur mit der verbrecherischen Absicht sich beschäftigt.

Das Resultat des bisherigen Excurses wäre denn folgendes: Der Begriff des Versuchs hat im Römischen Criminalrechte gar keine Stelle, insofern kann denn auch natürlich niemals die Rede davon seyn, daß hier etwa eine formelle Vorschrift über die Strafbarkeit des Versuchs sich vorfinde. Der Grund hievon liegt aber wesentlich nicht in den bisher besprochenen historischen Zufälligkeiten, sondern in einem tieferen, das ganze Römische Strafrecht durch-

dringenden, Gedanken, dem nämlich, daß der Staat bloß den verbrecherischen Willen zu strafen habe, möge derselbe äußerlich mehr oder minder Schaden gestiftet haben, vorausgesetzt, daß er nur überhaupt sich objektiv erkennbar gemacht, sich nur überhaupt in den Gesichtskreis der strafenden Gerechtigkeit begeben habe, — welches Letztere im concreten Falle festzustellen dem Criminalprocesse überlassen bleibt. Aus diesem Grunde werden dann Handlungen, die nach heutigen Ansichten als Versuche von Verbrechen gelten würden, ja es werden sogar Handlungen, welche heutzutage vielleicht gar nicht unter criminelle Cognition fallen dürften, mit der Strafe des vollendeten Verbrechens belegt; ebenso wird zwischen den Gehülfen und dem Urheber, physischen und intellektuellen, nicht unterschieden. [73] Die Einseitigkeit dieser Ansicht ist nicht zu verkennen, denn, wenn allerdings soviel gewiß ist, daß die strafende Gerechtigkeit es zunächst und hauptsächlich mit dem subjektiven Willen, der sich gegen die vernünftige Objektivität auflehnt, zu thun hat, so ist doch zugleich anzuerkennen, daß diese strafende Gerechtigkeit, sofern sie es nur mit dem äußerlich sich manifestirenden bösen Willen zu thun hat, denselben auch nur soweit strafen dürfe, als er seinen subjektiven Gehalt wirklich in die Objektivität übergetragen hat. Diese zweite wesentliche Seite des Verbrechens, welches gerade hiedurch erst zum Verbrechen wird, während es sonst nur als moralische Uebelthat prädicirt werden kann, — diese Seite hat das Römische Recht zu einem Accidentellen herabgesetzt, und sich dadurch auf einen mehr ethischen, als rechtlichen Standpunkt gestellt. Wie es dazu gekommen sey, ist schon oben angedeutet worden. Dadurch nämlich, daß das öffentliche Strafrecht, welches nothwendig von der Grundlage der Subjektivität auszugehen hat, und eben die entsprechende Manifestation des subjektiven

73) l. 2. 6. 7. D. ad leg. Pomp. de parric. Paul. R. S. V. 3. § 4. V. 4. § 20. V. 23. §. 11. 17. 18.

Princips ist, an dem neben ihm fortbestehenden, auf rein objektivem Fundamente beruhenden, Privatpönalwesen einen Gegensatz hatte, welcher es dazu trieb, seine Eigenthümlichkeit in der schärfsten Consequenz hervortreten zu lassen. Und eben diese, aller Versöhnung entbehrende, dualistische Spaltung ist ja das, was das Römische Recht in allen seinen Erscheinungen charakterisirt, bis endlich die Gegensätze unvermittelt zusammenbrachen und Alles sich zu einem indifferenten Ganzen verflachte, welches zwar, nach Aufgebung aller nationellen Färbung, zum Weltrechte wurde, eben deshalb aber auch noch keiner in lebendiger Bildung begriffenen Nation genügen konnte. — Die praktischen Folgen dieser Ansicht nun aber für die Lehre vom Versuch, namentlich die Frage: ob jener Grundgedanke als formelle Vorschrift ausgedrückt sich finde und somit eine allgemeine Anwendung erleide, oder ob man sich damit begnügen müsse, wieweit er in einzelnen Anwendungen zu gesetzlichen Folgen erhoben sey, — ferner ob derselbe nicht durch die später aufgekommenen **quaestiones extraordinariae** mannigfaltig modificirt worden und daher im neuesten Römischen Rechte antiquirt sey, — diese und andere Fragen müssen hier bei Seite gelassen werden, da es nur darauf ankam, den allgemeinen Standpunkt festzustellen, auf welchem das Römische Criminalrecht zur Zeit der **lex Cornelia** stand.

Fragen wir nun nach der Bezeichnung des Willens, wie er in der **lex Cornelia** für das absolut Strafbare erklärt wird, so ist hier überall nur vom **dolus** die Rede. Und zwar besteht dieser **dolus** eben in der Absicht, einen Menschen zu tödten. **Lex non omnem, qui cum telo ambulaverit, punit: Sed eum tantum qui hominis necandi causa telum gerit, coercit, compescit. (Ulp. lib. VII. de off. Procons. sub tit. de sic. et venef. Coll. I. 3.). Nam lex ita punit homicidam, si dolo malo homicidium factum fuerit. (Papinian. Coll. IV. 9.).** Auch in den übrigen **Leges** finden wir die Formel, **cujus**

ope, consilio, dolo malo &c. Gleichbedeutend damit brauchen die Juristen die Ausdrücke sciens, sciens prudensque, data opera, consulto u. dgl. [47] Da wir es nun hier mit einer ganz besonderen Modifikation des verbrecherischen Willens zu thun haben, so ist es zuvörderst nöthig, sich klar zu machen, wie die Römer überhaupt das Subjektive beim Verbrechen näher bestimmten. Schon in der vorigen Periode haben wir an mehreren Beispielen gesehen, wie dem sciens dolo malo, sciens prudensque, consilium, imprudentia, negligentia, casus &c. gegenübergestellt wurden. Eine Stelle des Cicero führte auch zwischen beiden Extremen ein Mittelglied, die fortuna ein. Wir haben aber zugleich gesehen, daß nur die beiden Enden, Absicht und Nichtabsicht bestimmt waren, dagegen das in der Mitte liegende, die imprudentia, negligentia noch ohne bestimmte Abgränzung gegen die eine und die andere Seite hin blieb. Es wird aber gerade auf die nähere Entwicklung dieses Mittelbegriffs ankommen, um auch die der Extreme nach den nicht divergirenden Seiten hin genau fixiren zu können.

Um aber den römischen Gesichtspunkt in seiner Eigenthümlichkeit auffassen zu können, ist es nöthig, folgendes Allgemeinere vorauszuschicken.

Der Staat kann das Böse niemals von dem Standpunkte der Sittlichkeit aus betrachten, da für ihn alles Subjective nur soweit Geltung hat, als es sich objectiv realisirt. Er kann daher auch in der Form der Strafgerichtsbarkeit niemals darauf ausgehen, den bösen Willen als solchen zu strafen, sondern nur dann wird derselbe für ihn ein böser, wenn er sich entweder ganz oder theilweise in Realität umgesetzt hat. Für das Sittlichböse als solches

---

74) l. 1. § 1. D. ad leg. Jul. majest. l. 4. 10. eod. l. 5. D. ad leg. Jul. de vi publ. l. 10. pr. l. 11 § 2. eod. l. 1. § 1. D. ad leg. Jul. de vi priv. l. 1. ad leg. Pomp. de parric. &c. — l. 2. D. ad leg. Jul. maj. l. 8. D. ad leg. Jul. de adult. l. 12. l. 14. pr. — l. 9. D. de incend. l. 12. § 1. eod.

ist der Richter das Gewissen und das, worauf das Gewissen hinweist, das vergeltende Jenseits. In dieser innern Welt kann sehr viel verdorbene Gesinnung, sehr viel Lust, Böses zu thun, ja sehr viel böses Benehmen herrschen; — der Staat muß sich dagegen so lange gleichgültig verhalten, als es den Kreis der objectiv gewordenen Sittlichkeit, des Gesetzes (im weiteren Sinne) nicht berührt. Die geläufige Entgegensetzung von Moralität und Legalität drückt das Verhältniß in roher Weise aus. Noch aus einem andern Grunde kann der Staat nicht auf dem Standpunkt der subjectiven Sittlichkeit stehen, — deshalb nämlich, weil diese in einem ewigen Sollen besteht, also einen unendlichen Proceß darstellt, dessen Endpunkt in einer außerweltlichen Sphäre gesetzt ist. Solchen unendlichen Forderungen muß der Staat ein Maaß anlegen, und dieß thut er, indem er das Gute in der Form der Gerechtigkeit objectivirt, und dadurch dem unbestimmten Inhalte eine festbestimmte Form anweist. Nicht als ob dem Staate die moralische, wenn auch äußerlich legale, Verworrenheit gleichgültig wäre; — gegen diese zu reagiren, hat er andere Mittel; aber strafen kann er sie nicht, da er selbst nur Gerechtigkeit, d. h. das Gute in bestimmter äußerer Form, verlangt. Diese Form nun besteht eben in der Conformität des subjectiven Willens mit dem allgemeinen, im Gesetze ausgedrückten, näher darin, daß jeder das thut, was das Gesetz verlangt. Nur diese formelle Seite des Guten ist es, was aus sich der allgemeine Begriff des Sittlichbösen zu dem des Verbrechens besondert. Das Sittlichböse nämlich wird nur dann zum Verbrechen, wenn es die objectiv gewordene Ordnung des Sittlichen bricht, also nur wenn der an sich böse Wille sich in ein äußeres Handeln und zwar in ein Handeln gegen den in der Form des Gesetzes substantiirten objectiven Willen umsetzt. Insofern haben wir oben gesagt, daß das Verbrechen nothwendig zwei Seiten habe, eine innere und eine äußere. Es wird jedesmal zweierlei erfordert: einmal

eine innere Entgegensetzung gegen den allgemeinen Willen, und dann, daß diese Entgegensetzung sich äußerlich manifestirt habe. Im Wesentlichen kommen auch hierin alle modernen Strafrechtstheoricen überein, nur daß sie gar häufig theils das Princip, nämlich die Gerechtigkeit, nur in untergeordneter Form des Rechtsschutzes (wobei sittliche Existenzen nebenausgehen), oder in roher Form der Wiedervergeltung (wobei die sittliche Grundlage der Idee verkannt wird) auffassen, theils in der Bestimmung des Verhältnisses zwischen den beiden Seiten des Verbrechens Fehler begehen, indem bald die eine, bald die andere zu sehr hervorgehoben wird (wie einerseits in manchen Wiedervergeltungstheoricen, andererseits in solchen, welche der äußern Seite des Verbrechens die Verletzung von Rechten substituiren). Hieher nun gehört Folgendes: der Grund der Strafe ist immer der gegen die Form der Gerechtigkeit empörte subjective Wille, der Maaßstab aber der äußere Umfang, worin derselbe sich geltend zu machen gewußt hat. Hiedurch wird nun vornweg von der Strafe alles das ausgeschlossen, was nicht irgend wie aus dem Willen hervorgegangen ist. Wie nämlich die innere Seite nach der Seite der Moral hin einer Beschränkung unterliegt, so geschieht dies auch mit der äußeren, indem der Staat von allen seine Ordnung factisch verletzenden Ereignissen nur diejenigen straft, welche Resultate einer freien Willensäußerung, Handlungen sind. Es wird daher nicht nur vom Gebiete des Strafrechts ausgeschlossen, was solche Personen thun, denen man keinen freien Willen zuschreibt, wie Rasende, Unmündige 2c., sondern auch bei solchen, die einen freien Willen haben, werden derlei Ereignisse dann nicht als Verbrechen angesehen, wenn das Geschehene in gar keinem Causalzusammenhange mit ihrem Inneren steht. Denn der Staat weiß, daß der Bürger mit seinem freien Willen mitten in einer Welt von Zufälligkeit steht, und daß sowohl aus seinem Thun, als aus seinem Lassen, ganz ohne alle seine Schuld

Erfolge hervorgehen können, welche, wenn sie ihm zugerechnet würden, für Verbrechen gelten müßten. Diese Bestimmung ist jedoch mehr eine negative, als eine positive, da der Begriff des Zufalls immer nur erst dann anfangen kann, wo der der Zurechnung zur Schuld aufhört. Sodann ist derselbe an sich ein schwankender. Zufall heißt am Ende nur das, was durch keine Berechnung vorausgesehen werden konnte. Aber wie weit geht nun diese Berechnung? Welches Maaß, welcher Grad derselben ist zu fordern? Man sieht: es kommt Alles auf das Verhältniß der Subjectivität und der sie umgebenden Welt an und auf die Art, wie dieses Verhältniß durch das Princip der Gerechtigkeit näher bestimmt wird. Der Staat, haben wir gesehen, hat es überall nur mit den objektiv gewordenen Verstößen gegen Recht und Sittlichkeit zu thun. Er bestraft das Böse nur, wenn und insoweit es zur That geworden ist. Er schließt immer erst aus einem Erfolge (oder dem Anfange eines Erfolges) auf das Innere. Hierin liegt die hohe Wichtigkeit der äußeren Seite. Denn es muß sich nun fragen, wie muß der Erfolg, wie muß die That geartet seyn, damit man darin ein Verbrechen sehen könne? Hier zeigt sich nun der Begriff der That als ein rein formeller, indem dadurch nichts gesagt ist, als das reine Sichobjectivmachen der Subjectivität. Es ist damit noch nicht der Inhalt bezeichnet, der in die Aeußerlichkeit übergetragen wird. Wenn daher allerdings gesagt werden muß, daß das Strafrecht, gegenüber von der Ethik, sich nur mit Thaten zu befassen habe, so ist damit noch wenig gesagt. Denn eben, weil die That nur das formelle Sichobjectiviren der Subjectivität ist, so fehlt hier noch aller nothwendige Zusammenhang zwischen Innerem und Aeußerem. Eine That kann die Form der Rechtlichkeit haben, d. h. es kann durch sie die objektive Sittlichkeit äußerlich nicht verletzt werden, und sie kann doch ein Verbrechen seyn; andererseits kann eine That die Form der Widerrechtlichkeit haben, und doch kein Verbrechen seyn.

Deshalb kann das Strafrecht ebensowenig, als bei dem Begriffe des bösen Willens, bei dem der That stehen bleiben, sondern muß von diesen beiden Momenten etwas fallen lassen und sie in einem dritten versöhnen. Wie es also erkennt, daß zwar das absolut Strafbare nur das böse Innere sey, aber nicht so lang es bloß an sich böse ist, sondern erst wenn es für den Staat böse wird, d. h. wenn es sich in eine That umsetzt, so kommt es ferner zur Erkenntniß, daß der Begriff der That als die abstrakte Form für das Einwirken der Subjectivität auf das Objective nicht nur völlig inhaltslos ist, sondern auch geradezu in das Gebiet des Zufalls hinüberführt, sofern darin kein wesentlicher Zusammenhang zwischen Aeußerem und Inneren gesetzt ist. So muß denn auch der Satz: Nur die That ist strafbar — wiederum negirt und dafür der weitere gesetzt werden: Nur der Inhalt in der That ist strafbar, oder, was das nämliche ist: Nur als Handlung ist die That strafbar. Denn die Handlung eben ist es, wodurch sich die Subjectivität als solche, wodurch sie ihren eigenen Inhalt objectiv macht. Dasselbe drückt auch der Satz aus: Nur die zurechenbare That ist strafbar. — Nun entsteht aber gerade die weitere Frage: Was ist verbrecherisches Handeln? Was kann zugerechnet werden? Die allgemeinste Antwort ist: Alles Thun, wodurch sich der subjective Wille mit Bewußtseyn dem vernünftigen objectiven Willen entgegensetzt, ist ihm als verbrecherisch zuzurechnen. Allein wie kann nun dieses Thun beschaffen seyn? mit anderen Worten: Wie kann sich die Subjectivität dem objektiven Willen entgegensetzen? Wir sind zuletzt bei dem Begriffe der Handlung stehen geblieben, und das nun, was diesen, gegenüber der abstracten Form der That, charakterisirt, ist der Zweck, als der Inhalt, welchen eben die Handlung in die That hineinlegt. Somit wird man sagen müssen, der handelnde subjective Wille sey dann strafbar, wenn er einen gegen den objectiven Willen gerichteten verbrecherischen Zweck

verfolge. Dies ist die unmittelbarste Form der Entgegensetzung. Aber hiebei kann der Begriff nicht stehen bleiben. Denn, wenn er dies thäte, so würde sich der Satz näher so bestimmen, daß nur in der Form des Zwecks die Strafbarkeit liege; daß also diese ausgeschlossen sey, wo der subjective Wille nicht direct gegen das Gesetz anstrebe. Dies erweist sich jedoch als unwahr, wenn man bedenkt, daß hier nur wieder das innere Moment als einseitig aufgefaßt erscheint. Wir haben aber gesehen, daß auch das äußere als ein wesentliches anzusehen sey. Und, indem man das Verhältniß der Subjectivität zu der sie umgebenden objectiven Welt näher ins Auge faßt, so zeigt sich sogleich, daß der Begriff des Handelns als positive Verfolgung eines Zwecks die weite Form des Thuns lange nicht ausfülle. Vielmehr kann die überhaupt durch Thun sich objectiv setzende Subjectivität widerrechtliche Erfolge hervorbringen, auch ohne daß sie positiv widerrechtliche Zwecke verfolgt. Indem sie hier im Allgemeinen mit Bewußtseyn verfährt, ist sie als handelnd zu betrachten, und nun wäre der Erfolg, der mit ihrer Handlung verknüpft ist, nach der obigen Fassung, keiner, der auf ein Verbrechen schließen ließe. Dies kann nicht seyn, weil im Handeln mehr liegt, als das positive Verfolgen eines Zwecks. Die Wahrheit hievon ist sogleich leicht erkennbar, wenn man das negative Princip: der subjective Wille soll sich nicht dem objectiven entgegensetzen, — positiv ausdrückt: derselbe soll der Gerechtigkeit gemäß handeln. Denn in dieser Forderung liegt neben der, daß man nicht direct gegen das Gesetz handeln solle, auch die, daß man bei allem Handeln, welchen positiven Zweck man auch haben möge, fleißig sich in Acht nehmen solle, nicht gegen das Gesetz anzustoßen. Und in der That liegt dies auch im Begriff des Handelns selbst. Denn, wenn die Forderung, gerecht zu handeln, ergeht, so liegt darin offenbar nicht bloß die Aufforderung, nicht direct gegen das Princip der Gerechtigkeit sich zu verfehlen, sondern auch

die, alles Handeln diesem Gesetze gemäß einzurichten. Die Wahrheit ist also: der Staatsbürger soll überall und immer, wo er seinen subjectiven Willen objectiv machen will, das Princip der Gerechtigkeit vor Augen haben. Die unmittelbarste Form, hiegegen zu verstoßen, ist freilich die directe Entgegensetzung gegen dieses Princip, die Verfolgung eines positiv dem objectiven Willen widerstrebenden Zwecks. Aus der Umkehrung dieses Satzes folgt aber nicht, daß ein nicht positiv dem objectiven Willen entgegenhandelnder subjectiver Wille kein Verbrechen begehe, weil hiebei der Begriff des Handelns, als des allgemeinen sich mit Bewußtseyn objectiv Setzens der Subjectivität, eine einseitige Beschränkung erleiden würde. Sondern es folgt nur daraus, einmal, daß ein positiv den Forderungen der Gerechtigkeit angepaßtes Handeln der Gegensatz des Verbrechens sey, und zweitens, daß von Verbrechen nicht die Rede seyn könne, so lange nur der Handelnde immer alle Forderungen erfüllt, welche das Princip der Gerechtigkeit in positiver und negativer Weise an das Handeln macht. Der Grund hievon ist der: Alles Handeln ist ein Bestimmen objectiver Verhältnisse nach subjectiven Richtungen. In dem Bestimmen liegt das Moment der Nothwendigkeit, in den äußern Verhältnissen, sofern sie erst den Eindruck der Subjectivität empfangen sollen, das der Zufälligkei. Würde man nun bloß den abstracten Satz aufstellen: Bestimme die objective Zufälligkeit nicht positiv nach subjectiv bösen Zwecken! — so würde aus dem einseitigen Geltenlassen dieses Satzes folgen, daß außerdem ein dem Principe der Gerechtigkeit entgegenlaufendes Handeln erlaubt sey, daß es also gestattet sey, sich den objectiv zufälligen Einflüssen rücksichtslos zu überlassen. Dies würde aber ebensoviel heißen, als: Lege die Hände in den Schooß, handle nicht, sobald du nicht direct ein Verbrechen verüben willst! Dies wäre ein unlöslicher Widerspruch. Es ist nun allerdings wahr, daß der Begriff des sich mit Bewußtseyn objectiv Setzens der Subjectivität durch

die objective Sphäre der Zufälligkeit begränzt wird, und daß, wo diese letzte Sphäre alle Selbstthätigkeit der freien Subjectivität aufhebt, auch überall von keinem Handeln mehr die Rede seyn kann. Aber es ist eben so wahr, daß so lange dies nicht geschieht, so lange also die sich objectiv setzende Subjectivität überhaupt noch die Möglichkeit hat, sich mit Bewußtseyn der Aeußerlichkeit einzudrücken und widerstrebende Einflüsse zu entfernen, ebensolang auch der Begriff des Verbrechens in Wirksamkeit bleibt, mag gleich kein positives Verfolgen subjectiv böser Zwecke stattfinden. Gerade der Begriff des Handelns ist, wie wir gesehen haben, das Characteristische, welches das Princip der Gerechtigkeit (des Strafrechts) von dem ethischen unterscheidet (denn nach diesem ist der böse Gedanke der bösen Handlung gleich). Ebendaher mußte auch die weitere Entwicklung durch Auseinanderlegung der im Begriffe des Handelns liegenden Momente vermittelt werden. Wenn nun alles Handeln ein in der Form der Nothwendigkeit bestimmtes Hineinlegen eines subjectiven Inhalts in die zufällig unbestimmte Form objectiver Verhältnisse ist, so mußte zunächst gefordert werden, daß jene Bestimmung nicht geradezu einen dem Gesetze zuwiderlaufenden Inhalt haben dürfe. Es mußte aber auch der Werth der objectiven Zufälligkeit anerkannt, es mußte zugegeben werden, daß sie Einflüsse auf das Thun haben könne, die diesem den Character des Handelns benehmen. Weiter zeigte sich nun aber, daß dem handelnden Willen nicht bloß die Möglichkeit gegeben sey, eine positiv widerrechtliche Bestimmung der äußern Umstände zu unterlassen, sondern auch eine positive Bestimmung dieser Umstände zum Gegentheile der Widerrechtlichkeit zu geben möglich sey. Zugleich wurde klar, daß eben im Begriffe des Handelns dies beides liege, — nicht bloß, den zufälligen Umständen einen nothwendig schlechten Inhalt nicht zu geben, — sondern sich allgemein einen nothwendig guten Inhalt als Gesetz vorzuschreiben. Und eben dies Letzte ist

wieder das Höhere, in dem auch jenes unmittelbare erste Gesetz eingeschlossen ist. Auf diese Art entwickeln sich denn aus dem Begriffe des Handelns die Begriffe des **dolus**, der **culpa** und des **casus**, so zwar, daß die beiden äußeren als Momente sich in den der **culpa**, oder vielmehr deren Gegentheil, nämlich die **diligentia** (im philosophischen Sinn: Conformität alles Handelns mit dem Principe der Gerechtigkeit) auflösen. —

Wie haben nun die Römer diese Begriffe aufgefaßt? Auch bei ihnen finden wir den Begriff der **culpa** als Gattungsbegriff des imputabeln widerrechtlichen Handelns überhaupt.[75] Die specielle, so höchst merkwürdige Lehre von der **culpa** theilte sich bekanntlich bei den Römern im Civilrechte in die Lehre von der Aquilischen **culpa** und von der **culpa** in obligatorischen Verhältnissen. Von der ersteren ist schon oben Einiges bemerkt worden. Hier möchte der Ort seyn, überhaupt etwas über die Fundamentalgrundsätze dieser Lehre bei den Römern zu bemerken, um zu sehen, ob man dadurch Aufschlüsse für ihr Criminalrecht erhalten könne? —

Im Allgemeinen heißt **culpa** Verschuldung, und setzt daher, als ein negativer Begriff, ein Positives voraus, wornach eben diese Verschuldung sich näher bestimmt. Das Criminalrecht nun, somit auch die letzlich diesem angehörende **lex Aquilia**, faßt die Menschen nur in ihrem allgemeinen Zusammenleben auf, während das Civilrecht dieselben auch weiter als in besonderen Verhältnissen lebend betrachtet. Im letzteren Falle ist es das Individuum, worauf Rücksicht genommen wird, im ersteren nur die allgemeine Qualität als Mensch oder besondere Qualitäten nach Geschlecht, Stand, Familienverhältnissen u. dgl., kurz, immerhin Ver-

75) L. 11. §. 1. C. de repudiis. L. 9. §. 3. D. de minor. L. 7. §. 12. D. de A. R. D. L. 1. 3. depositi. L. 15. de D. vi. L. 14. §. 1. D. de re milit. Hasse a. a. O. Cap. 1.

hältnisse, die etwas Abstractes an sich haben. Eben dies nun, daß das Civilrecht die Bürger nicht als solche, sondern in den Verhältnissen eines besondern Vertrauens, in Beziehungen, die auf konkrete Individualitäten gegründet sind, auffaßt, macht allerdings, daß die criminalrechtliche Lehre von der **culpa** sich wesentlich von der civilrechtlichen unterscheiden muß. Allein da die Grundlage in beiden Sphären denn doch dieselbe, nämlich die Forderung der Conformität mit dem Princip der Gerechtigkeit, ist, so wird gerade die Vergleichung beider Gebiete am fruchtbarsten für die Erkenntniß der in jedem derselben eigenthümlich waltenden Grundsätze seyn.

Nirgends tritt bei den Römern der Gedanke der bürgerlichen Ehrenhaftigkeit so sehr hervor, als in ihrem Obligationen-Rechte. Denn in der Regel wird solcher Fleiß gefordert, der dicht an den **casus** gränzt, und mit Recht ist die Bemerkung gemacht worden, daß das Römische Recht in fremden Angelegenheiten größere Genauigkeit fordre, als in eigenen. Wie viel von dem **bonus paterfamilias** erwartet wurde, ist hinlänglich bekannt, und gerade die hier häufig vorkommende Abwechslung zwischen dem Positiv und dem Superlativ (**homo diligens, diligentissimus; exacta, exactissima diligentia** u. dgl.) ist in hohem Grade charakteristisch. — Was nun **casus** sey, ist auch hier kaum positiv zu bestimmen; man dreht sich gewöhnlich in den zwei Sätzen herum: die **culpa** hört auf, wo der **casus** anfängt, und der **casus** fängt an, wo die **culpa** aufhört. In der That definiren auch die Römer den **casus** nie, sondern führen bloß Beispiele dafür an.[76] Und eine bestimm-

76) **Casus, quibus resisti non potest, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa ejus accidunt, latironum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. l. 18. pr. D. commodati l. 5. § 4. eod.** Charakteristisch ist der Ausdruck **vis major.** s. z. B. **l. 19. C. de pignoribus. Quae fortuitis casibus**

tere Antwort bekommen wir wohl nicht, als daß die **culpa** aufhöre, **si omnia quae oportuit observavit**, dagegen **culpa** vorhanden sey, **cum quod a diligenti provideri poterit non esset provisum.** [77] In der That läßt sich denn auch nicht viel mehr sagen. In allem Handel und Wandel, in der ganzen Sphäre des bürgerlichen Verkehrs sind unsre Geschäfte von lauter Zufälligkeiten bedroht, und es kann daher auch nicht weiter als zu der allgemeinen Forderung der **Providentia**, des Vermeidens kommen. Mit Recht sagt Hasse, man könne auf den Gränzpunkt zwischen **culpa** und **casus** nicht mit der Fingerspitze hinweisen und die Entscheidung müsse in den meisten Fällen dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Mit Recht aber fordern die Römer in den Verhältnissen des bürgerlichen Verkehrs, wo sich die Individuen als solche gegenüberstehen, also ihre Verbindung in der Regel auf dem Grunde besonderen Vertrauens ruht, soviel Umsicht, als nur überhaupt von einem Ehrenmanne erwartet werden kann, und daß dies nicht wenig war, zeigt der Ausdruck: **homo diligens est et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse.** [78] Wo nun dieser Verpflichtung, als ein sorgsamer Hausvater zu verfahren, zuwider gehandelt ist, da sagen die Römer, es werde **culpa levis** prästirt, und dies bildet die Regel überall, wo einer allein Vortheil aus dem Geschäfte hat, oder wo beide Vortheil haben, wo der Eine den Andern repräsentirt, wo er sich zugedrängt hat. [79] Allein es gibt nun weiter bei allen Ver-

---

accidunt, cum praevideri non potuerint (in quibus etiam aggressura latronum est) l. 6. C. de pign. act. l. 23. D. de R. J.

77) l. 30. § 3. l. 31. D. ad leg. Aquil. cf. l. 52. § 4. u. §. 8. J. eod. l. 1. § 5. D. si quadrupes paup. l. 137. § 2. 8. D. de V. O.

78) l. 25. D. de probat.

79) Hasse a. a. O. Cap. 11.

hältnissen des bürgerlichen Verkehrs, mögen sie auf einem besondern Vertrauen beruhen oder nicht, einen gewissen Grad von Achtsamkeit, eine Art des Betragens, die man von Jedem verlangen kann, auch wenn derselbe nicht auf das Prädikat eines **studiosus paterfamilias** Anspruch hat. Wenn nämlich freilich jedes Geschäft von einer Masse von Zufälligkeiten bedroht ist, welche die glückliche Vollendung desselben auf die mannigfachste Weise hemmen können, so ist doch ein Unterschied unter diesen Gefahren. Häufig nämlich ist die Gefahr so, daß man sie nothwendig kennen und ihr vorbeugen muß, wenn man nicht ein **homo deperditus et nimium securus** ist. Läßt man sich nun eine solche **nimia securitas**, eine solche **crassa, summa negligentia** zu Schulden kommen, so ist man in **culpa lata**. Denn: **Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt.** [80] Es ist hier, wie Hasse ausführt, gleichgültig, ob man in verderblichem Muthwillen die Gefahr selbst herbeigezogen, ob man die wohlbekannte Gefahr aus übergroßer Bequemlichkeit und Unachtsamkeit hat hereinbrechen lassen, oder ob man eine augenscheinlich vorhandene Gefahr wirklich nicht bemerkte oder doch die leicht bemerkbaren Mittel, sie zu umgehen, unbemerkt ließ. Ja, es ist nicht einmal nöthig, daß man sich in Vergleich mit einem Ehrenmanne als ein **homo deperditus** aufgeführt habe; sondern wenn man nur in fremden Angelegenheiten sich sorgloser beträgt, als in eigenen, so gilt schon dies als eine grobe Schuld. In aller **culpa lata** aber sahen die Römer etwas Fraudulentes, eine Verwerflichkeit der Gesinnug, welche sie mit denselben Folgen belegten, als wenn einer wissentlich und absichtlich schadete, **in dolo** war. **Dolus** nämlich ist, wie Hasse bewiesen hat, eben nur dies: der **animus nocendi**, das Wollen eines schädlichen Erfolgs, der Vorsatz zu schaden, das wissentliche Schaden.

80) **l. 213. § ult. D. de V. S. cf. l. 223. D. eod.**

Der wesentliche Unterschied des Privatrechts nun vom Criminalrechte liegt, wie schon gesagt, darin, daß dort die Bürger sich in einem besondern, von ihrer Willkühr abhängigen, Verhältnisse als bestimmte Individuen gegenüberstehen, was hier nicht der Fall ist. Dort kommt es deshalb allemal auf die besondere **obligatio** an, wie weit die **culpa** zu präſtiren ist. Denn die **diligentia** besteht eben darin, daß alles, was zur **obligatio** gehört, mit dem gehörigen Grade von Eifer erfüllt, alles, was die Erfüllung hindern könnte, mit dem gehörigen Grade von Sorgfalt vermieden werde. Eben daher unterscheiden sich auch die Contracte hinsichtlich des Umfangs der dabei zu präſtirenden **culpa**. [81] Während man beim **depositum** nur für **dolus** und **culpa lata** einzustehen hat, kommt beim **Commodat culpa omnis** zur Sprache, bei der Societät nur **diligentia, quam quis suis rebus adhibet.** Die **culpa** ist mithin im Privatrechte ein durchaus relativer Begriff. [82] Beim Manne als Verwalter des **dos**, beim **Socius, Tutor** &c. kann im concreten Falle gar nicht **culpa** seyn, was beim Commodatar durchaus als **culpa** zu prädiciren wäre. — Gerade dies nun ist im Strafrechte nicht der Fall, wie wir schon an dessen privatrechtlicher Erscheinungsform in der **lex Aquilia** sehen, wo die Bürger nur in ihrem absoluten Verhältnisse zu einander erscheinen und die Widerrechtlichkeit einen durchaus allgemeinen Charakter hat. Dagegen hat die **lex Aquilia** mit dem Obligationenrechte wieder das gemein, daß alle Imputabilität letztlich nur zu einem Ersatze für das beschädigte Vermögen führt, während sie sich wieder darin davon unterscheidet, daß bei ihr, bei der

---

81) l. 5. § 2–5. § 9. 10. 13. 15. D. commodati. l. 17. § 2. D. de praescr. verb. l. 23. D. de R. J.

82) Diese Relativität drückt sich besonders in dem oft vorkommenden Ausdruck aus: de se queri debet, suae facilitati id imputare debet &c. l. 1. § 5. D. de O. et A. l. 1. D. si mensor. § 3. J. quib. modis re contr. obl.

allgemeinen, aus dem abstrakten Mitbürgerverhältnisse hervorgehenden Verpflichtung widerrechtlichen Schaden zu vermeiden, keine Grade der Imputabilität stattfinden, dagegen im Obligationenrechte doch der **dolus** und die ihm gleichstehende **culpa lata** specifisch als **fraus** angesehen, härter beurtheilt und mit anderen Folgen verknüpft werden, als die **culpa levis**. Wenn nun aber das Privatrecht durch diese specifische Unterscheidung der Willensmomente dem eigentlichen Strafrechte sich nähert, so ist doch wiederum das ein rein privatrechtlicher Gesichtspunkt, daß die **culpa lata** in ihren Wirkungen dem **dolus** gleichgestellt wird. [83] Denn in der That, wo die Bürger als Individuen in ein besonderes Pflichtverhältniß eingetreten sind, da versteht es sich von selbst, daß eine Gesinnung, die sich nicht scheut, fremde Angelegenheiten mit der äußersten Unachtsamkeit oder doch wenigstens nicht einmal mit soviel Achtsamkeit, als die eigenen zu behandeln, für eben so fraudulent geachtet wird, als absichtliches und wissentliches Schaden, wenn man auch im Begriffe beides auseinanderhielt. Der Grund hievon ist aber nicht ein innerer, von dem Wesen des bösen Willens, sondern ein lediglich von dem äußerlichen Verhältnisse des Obligirtseyns hergenommener, daher diese Ansicht im Strafrechte, das eine viel allgemeinere Grundlage hat, sich nicht wiederfinden kann. Aus demselben Grunde kann denn auch der **casus**, als ein im Civilrechte bloß negativer Begriff (**quod a diligente provideri non potuit**), im Criminalrechte nicht in derselben Form wiederkehren, wenn gleich die Bezeichnung auch hier angewendet werden darf. Denn das specifisch Unterscheidende ist, wie gesagt, daß in dem einen Gebiete das jedesmalige besondere Obligationsverhältniß, in dem andern das absolute Verhältniß der

83) **l. 32. D. depositi. l. 22. § 3. D. ad Sct. Trebell.** Charakteristisch ist der Ausdruck **culpa dolo proxima cf. l. 226. D. de V. S.**

Bürger unter sich die Norm des anzuwendenden Fleißes abgibt.

Wenn wir nun zu den Ideen der Römer über **dolus, culpa** und **casus** im Criminalrechte übergehen, so erinnern wir daran, daß wir hierüber, sowie überhaupt über die feineren Unterscheidungen des Willens aus der Zeit der **quaestiones perpetuae** keine direkte Belehrung empfangen, daher wir es vorgezogen haben, diese Theorie in der vollendeten Gestalt der Justinianischen Compilation vorzutragen, und erst dann nach den historischen Momenten rückwärts zu weisen. Die Anwendung dieser Methode ist deshalb nöthig, weil wir über die Zeit der **quaestiones perpetuae** kein direktes, wohl aber viele indirekte Zeugnisse haben, und weil überhaupt das Criminalrecht der Römer erst in seiner letzten Gestalt einen eigentlichen Abschluß gefunden hat.

Der einzige unmittelbare Anknüpfungspunkt zwischen Civilrecht und Criminalrecht ist den Römern, nach den obigen Voraussetzungen, der Begriff des ***dolus***, als des mit Bewußtseyn direkt auf einen widerrechtlichen Erfolg gerichteten Willens. Am besten wird er in einer Stelle **ad legem Aquiliam**, wo gerade herausgehoben werden soll, daß hier **dolus** und **culpa** in dem abstrakten Begriffe der Imputabilität aufgehen, durch den Ausdruck: **nocere velle** charakterisirt. Eben diese direkte Entgegensetzung gegen das Princip der Gerechtigkeit ist nämlich gleich verwerflich, sowohl wo sich die Bürger als solche, als wo sie sich in einem besondern Verpflichtungsverhältnisse als Individuen gegenüberstehen. Es ist im Privatrechte nicht das besondere Obligationsverhältniß, welches den **dolus** erst zu einer Widerrechtlichkeit stempelt, — wie dies in so vielen Fällen mit der **culpa** geschieht, — sondern der Begriff des **dolus** ruht auf einer absoluten Grundlage, welche beiden Gebieten gemeinschaftlich ist. Der Unterschied besteht nur darin, daß im Criminalrechte der böse subjektive Wille gegen den allgemein ausgedrückten objektiven Willen überhaupt gerichtet

erscheint, im Privatrechte dagegen zwar letzlich auch gegen diesen, aber nur durch das Medium eines besondern Verpflichtungsverhältnisses hindurch, welches von der Willkühr der Bürger seinen Ursprung genommen hat. Daß aber auch im Privatrechte der **dolus** als das absolut Unerlaubte gelte, troß des relativen Charakters dieser Rechtskreise, das ist im Römischen Rechte ausdrücklich in dem Saße ausgesprochen, daß durch kein **pactum adjectum** der **dolus** von der **praestatio** ausgeschlossen werden kann, während es allerdings möglich ist, durch ein solches **pactum** gegen die sonstige Natur des Geschäfts die **praestatio culpae** willkührlich zu bestimmen.[84] Schon oben sind einige andere Ausdrücke angeführt worden, wodurch die Römer den criminalistischen **dolus** bezeichnen; z. B. **data opera, consulto aliquid admittere, propositum** &c.[85] Besonders aber merkwürdig und für den feinen Verstand dieses Rechts zeugend sind die Ausdrücke: **Sciens dolo malo, sciens prudensque** u. dgl., da sie gerade den Nerv der Sache treffen, nämlich das Bewußtseyn der Unangemessenheit des subjektiven Willens zu dem Principe der Gerechtigkeit. In diesem **scire** liegt sehr viel, namentlich liegt darin auch das verhüllt, was, wie wir gesehen haben, den Begriff des **dolus** in den des **casus** und diesen wieder in den der **culpa** umschlagen macht. Denn, wenn **dolus** die nächste unmittelbarste Erscheinungsform des bösen Willens ist, als

---

84) l. 1. § 35. D. depositi. l. 7. § 15. l. 27. § 3. D. de pactis. l. 23. D. de R. J. l. 5. § 2. D. commodati. l. 1. § 6. 7. D. depositi. l. 2. § 23. D. de vi bonor. rapt. l. 39. D. mandati.

85) Z. B. dolus Paul. R. S. V. 20. § 5. V. 23. § 6. 14. affectus doli. ib. V. 4. § 1. 2. dolus malus Coll. IV. 9. sciens dolo malo R. S. V. 25. § 1. 5. 10. consilium ib. V. 4. § 8. V. 23. § 3. Coll. I. 7. 12. ope et coosilio. R. S. V. 29. § 1. consulto ib. V. 3. 6. Coll. I. 11. inimicitiarum gratia. R. S. V. 25. § 2. animus, mens, voluntas. Coll. I. 6. &c.

die mit Nothwendigkeit geschehende Bestimmung der objektiven Zufälligkeit zu einem direkt widerrechtlichen Zwecke, wenn dann im Gegentheile im **casus** die äußerliche Zufälligkeit zu ihrem Rechte kommt, indem sie dem abstrakten Thun den Inhalt der freien Selbstbestimmung nimmt; und wenn nun drittens weiter erkannt werden muß, daß die Macht der objektiven Zufälligkeit den Willen nicht absolut aufhebt, daß sie vielmehr gerade denselben zur Aufmerksamkeit auffordert, daß sie als gleichgültige Form ihren Inhalt von der Subjektivität verlangt, und zwar eben den dem Principe der Gerechtigkeit angemessenen; wenn nun also für den **casus** nur dasjenige Gebiet übrig bleibt, wo überhaupt alles Handeln (nicht bloß das positiv böse Handeln) ausgeschlossen ist, — so ist es in alle diesem gerade das **scire**, was der Sache den Ausschlag gibt. Wer nämlich überhaupt handelt, welchen Zweck er nun habe, der soll wissen, der soll sich besinnen, welche Folgen sein Handeln hervorbringen wird. In diesem Wissensollen steckt der Fleiß, den wir als den leitenden Grundgedanken oben bezeichnet haben, die **diligentia s. lat.**, deren Gegentheil **culpa s. lat.** darstellt. — Dieses **scire** und die Forderung desselben ist also gerade dasjenige, was das Gebiet des Handelns charakteristisch von dem des abstrakten Thuns, welches dem bloßen Geschehen im Begriffe gleichsteht, absondert, welches **dolus** und **culpa** grundwesentlich vom **casus** unterscheidet. — Es ist somit sehr richtig, wenn die Römer die innere Seite beim Verbrechen gerade durch dies beides bezeichnen, **sciens**, **prudens** und **dolo malo**, **consulto**, **animus nocendi**, **propositum**, **consilium**. Allein indem sie nun diese Bezeichnung gerade als Definition des **dolus** geben, zeigen sie damit an, daß ihr Strafrecht nicht seine ganze Entwicklung durchgemacht hat, wie sie oben vorangestellt wurde, um die Begriffe **dolus**, **culpa**, **casus** philosophisch zu deduciren.

So oft sie nämlich dem **dolus** etwas gegenüberstellen,

so nennen sie dies casus und begreifen darunter auch die Fälle der culpa.

**Ulpianus libro VII. de officio Proconsulis.** — Refert et in majoribus delictis, consulto aliquid admittitur, an casu: et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut justam eligere debet, aut temperamentum admittere. l. 5. § 2. D. de poenis.

**Gajus libro IV. ad legem XII. Tabularum.** — Qui aedes acervumve frumenti juxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari jubetur, si modo sciens prudensque id commiserit, si vero casu, i. e. negligentia, aut noxiam sarcire jubetur, aut si minus idoneus sit, levius castigatur. l. 9. D. de incendiis.

**Marcianus libro XIV. Institutionum.** Si fortuito incendium factum sit, venia indiget: nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima. l. 11. D. eod.

**Callistratus libro VI. de cognitionibus.** — Incendiarii capite puniuntur, qui ob inimicitias vel praedae causa incenderint intra oppidum: et plerumque vivi exuruntur. Qui vero casam aut villam, aliquo lenius. Nam fortuita incendia, si, cum vitari possent, per negligentiam eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt, civiliter exercentur: ut qui jactura adfectus est, damni disceptet vel modice vindicaretur. l. 28. § 12. D. de poenis. [86]

**Claudius Saturninus libro singulari de poenis Paganorum.** l. 16. § 8. D. eod. s. oben.

86) cf. Paulus R. S. V. 3. § 6. V. 20. § 2—5. (fortuita incendia, quae casu venti ferente vel incuria ignem supponentis ad usque vicini agros evadunt).

Marcianus libro XIV. Institutionum. — Divus Hadrianus rescripsit, eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse; et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum; et ex re constituendum hoc: nam, si gladium strixerit et (in) eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse; sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam ejus, qui in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit. l. 1. § 3. D. ad leg. Corn. de Sicariis.

Idem eod. loco. — Adjectio autem ista veneni mali ostendit esse quaedam et non mala venena. Ergo nomen medium est et tam id quod ad sanandum, quam id quod ad occidendum paratum est, continet: sed et id quod amatorium appellatur. Sed hoc solum notatur in ea lege, quod hominis necandi causa habet. Sed ex senatus consulto relegari jussa est ea, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dederit, ex quo ea, quae acceperat, decesserit. l. 3. § 2. D. eod.

Paulus libro singulari de publicis judiciis. — In lege Cornelia dolus pro facto accipitur: nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Quare si quis (ab) alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator ex arbore, cum ramum dejiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad hujus legis coercitionem non pertinebit. l. 7. D. eod.

Callistratus libro III. de Cognitionibus. — Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: quin pessimum factum sit eorum, qui terminos finium causa positos propulerunt, dubitari non potest;

de poena tamen modus ex conditione personae et mente facientis magis statui potest; nam, si splendidiores personae sunt, quae convincuntur, non dubie occupandorum alienorum finium causa id admiserunt, et possunt in tempus, ut cujusque patiatur aetas, relegari; id est, si juvenior, in longius, si senior, recisius; si vero alii negotium gesserunt, et ministerio functi sunt, castigari et ad opus bienio dari; quod si per ignorantiam aut fortuito lapides furati sunt, sufficiet eos verberibus decidere. l. 2. D. de term. moto.

Imp. Antoninus A. Herculiano et aliis militibus. — Frater vester rectius fecerit, si se Praesidi provinciae obtulerit. Qui si probaverit non occidendi animo hominem a se percussum esse, remissa homicidii poena, secundum disciplinam militarem sententiam proferet; crimen enim contrahitur, si et voluntas nocendi intercedat. Ceterum ea quae ex improviso casu potius quam fraude accidunt, fato plerumque, non noxae imputantur. l. 1. C. ad leg. Corn. de sicariis.

Exemplum sacrarum literarum Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Agatho. — Eum qui adseverat, homicidium se non voluntate, sed casu fortuito fecisse, cum calcis ictu mortis occasio praebita videatur, si hoc ita est neque super hoc ambigi poterit, omni metu ac suspicione, quam ex admissae rei discrimine sustinet, secundum id, quod adnotatione nostra comprehensum est, volumus liberari. l. 5. C. eod.

Ulpianus libro VII. de off. Proc. sub tit. de sicar. et venef. — Distinctionem casus et voluntatis in homicidio servari rescripto Hadriani confirmatur. Verba rescripti. Et qui hominem occidit, absolvi solet, scilicet si non occidendi animo

id admisit; et qui non occidit, sed voluit occidere, pro homicida damnatur. E re itaque constituendum est, et quo ferro percussit Epafroditus. Nam si gladium instrinxit aut telo percussit, quid dubium est, quin occidendi animo percusserit? Si lapide [si clavi] percussit aut cucuma, aut, cum forte rixaretur, ferro percussit, sed non occidendi mente, ... ergo hoc exquirite: et si voluntas occidendi fuit, ut homicidam servum supplicio cum jure jubete affici. Coll. legg. Mos. et Rom. Tit. I. § 6. [87]

Ulpianus eod. loco. — Cum quidam per lasciviam causam mortis praebuisset, comprobatum est factum Taurini Egnati Proc. Baeticae a Divo Hadriano, quod cum in quinquennium relegasset. Verba consultationis et rescripti ita se habent.... em. Inter Clodium, optime Imperator, et Evaristum, cognovi, quod Clodius Lupi filius in convivio, dum sago jactatur, culpa Marii Evaristi ita male acceptus fuerit, ut post diem quintum moreretur; adque apparebat, nulla inimicitia cum Evaristi fuisset nec cupiditatis, culpam coercendum credidit, ut ejusdem aetatis juvenes emendarentur. Ideoque Mario Evaristo urbe, Italia, provincia Baeticae in quinquennium interdixi; decrevi et impendi causa duo millia patri ejus persolveret Evaristus, quod manifesta ejus fuerat paupertas. v. r. — Verba rescripti: Poenam Mari Evaristi recte, Egn. Taurine, moderatus es ad modum culpae: refert enim et in majoribus delictis consulto aliquid admittatur an casu. Et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut justitiam

87) Schulting Jurisprud. Antejust. ad h. l. not. 19 - 28.

provocare debet, aut temperamentum admittere. Coll. Tit. I. § 11. [88]

Modestinus libro Differentiarum sexto sub titulo de scientibus et ignorantibus generaliter loquitur. Nonnumquam per ignorantiam delinquentibus jure civili venia tribui solet, si modo rem facti quis, non juris ignoret: quae scilicet consilio delinquentibus praestari non solet. Propter quod necessarium est, addita distinctione considerare, utrum sciente an ignorante aliquo gestum proponatur, et reliqua. Coll Tit. I. § 12. [89]

Paulus. Rec. Sent. ad leg. Corn. de sicar. et venef. — Qui hominem occiderit, aliquando absolvitur, et, qui non occidit, ut homicida damnatur; consilium enim uniuscujusque, non factum puniendum est. Ideoque qui, cum vellet occidere, id casu aliquo perpetrare non potuerit, ut homicida punietur: et is, qui casu jactu teli hominem imprudenter occiderit, absolvitur. Lib. V. tit. 23. § 3. [90]

Paul. eod. loco. Si putator ex arbore, cum ramum dejiceret, non proclamaverit, ut vitaretur, atque ita praeteriens ejusdem ictu homo perierit, etsi in legem non incurrit, in metallum damnatur. § 12. [91]

Paulus eod. loco. — Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen, quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bono-

88) Schulting. l. c. ad h. l. not. 37—55.
89) Schulting. l. c. ad h. l. not. 56. 57.
90) Schulting. l. c. ad h. l. not. 14—19.
91) Schulting. l. c. ad h. l. not. 41. 42.

rum relegantur. Quodsi ex hoc homo aut mulier perierit, summo supplicio adficiuntur. § 13. [92]

Paulus eod. loco. — Si ex eo medicamine, quod ad salutem hominis vel ad remedium datum erat, homo perierit, is qui dederit, si honestior fuerit, in insulam deportatur, humilior autem capite punitur. § 19. [93]

Callistratus libro V. de cognitionibus. Milites si amiserint custodias, ipsi in periculum deducuntur: nam Divus Hadrianus Statilio Secundo legato rescripsit, quotiens custodia militibus evaserit, exquiri oportere, utrum nimia negligentia militum evaserit, an casu: et utrum unus ex pluribus, an una plures: et ita demum adficiendos supplicio milites, quibus custodiae evaserint, si culpa eorum nimia deprehendatur: alioquin pro modo culpae in eos statuendum. Salvio quoque legato Aquitaniae idem Princeps rescripsit: in eum, qui custodiam dimisit, aut ita sciens habuit, ut possit custodia evadere, animadvertendum: si tamen per vinum aut desidiam custodis id evenerit, castigandum eum et in deteriorem militiam dari: si vero fortuito amiserit, nihil in eum statuendum. l. 12. pr. D. de custod. reorum.

Claudius Saturninus libro singulari de poenis paganorum. -- .. qualitate, cum factum vel atrocius vel levius est; ut furta manifesta a nec manifestis discerni solent, rixae a grassaturis, expilationes a furtis, petulantia a violentia. l. 16. § 6. D. de poenis.

Marcianus libro II. de publicis judiciis. — Delinquitur autem aut proposito aut impetu aut casu.

---

92) Schulting. l. c. ad h. l. not. 43–49. cf. l. 38. § 5. D. de poenis.

93) Schulting. l. c. ad h. l. not. 67. 68.

**Proposito delinquunt latrones qui factionem habent. Impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur. Casu vero, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit. l. 11. § 2. D. eod.**

Dies ungefähr sind die wichtigsten hieher gehörenden Stellen. Wir sehen aus ihnen, daß noch in der Zeit der klassischen Juristen zwischen **dolus** und **casus** der Hauptunterschied gemacht und das Dazwischenliegende nicht unter eine bestimmte Kategorie gebracht wurde. Das Erste beweist **l. 5. § 2. D. de poenis.** u. **l. 9. D. de incend. l. 1. § 3. D. ad leg. Corn. de sic. l. 2. D. de term. moto l. 1. 5. C. ad leg. Corn. de sicar. Coll. I. § 6. 11. Paul. R. S. V. 23. § 3.** Zugleich sieht man aber deutlich, daß der Ausdruck **casus** in dieser Entgegensetzung durchaus verschieden von derselben Bezeichnung im Civilrechte ist. Denn während er hier negativ gerade durch **culpa carere** wiedergegeben wird, sehen wir ihn im Criminalrechte vielmehr durch das ganze Gebiet der **culpa** bis an den **dolus** hinaufgerückt. So heißt es in **l. 9. D. de incend. «casu, i. e. negligentia.»** In **l. 11. D. eod.** ist von einem **incendium fortuito factum** die Rede und wird davon gesagt, es werde verziehen, **nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima.** Ebenso spricht **l. 28. § 12. D. de poen.** von **fortuita incendia, quae, cum vitari possent, per negligentiam eorum, apud quos orta sunt, damno viciniis fuerunt.** In **l. 1. § 3. D. ad leg. Cornel. de sicariis** wird dem, **qui gladium strixerit,** und von dem gesagt wird, er habe dies **indubitate occidendi animo** gethan, derjenige gegenübergestellt, **qui clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo,** und eben von diesem heißt es nun: **casu magis, quam voluntate, homicidium admisit. l. 2. D. de term. moto** setzt eine gelindere Strafe für diejenigen fest, **qui per ignorantiam**

aut fortuito lapides furati sunt, wo es sich doch offenbar von einer culpa handeln muß. Allgemeiner unterscheidet l. 5. §. 2. D. de poenis zwischen dem, was consulto, und dem, was casu admittitur, und sagt, im letzteren Fall — temperamentum admitti; da hier doch immer noch von einer Strafe die Rede ist, so muß eben wieder unter dem casus die culpa verstanden werden. In Coll. I. § 6. führt Ulpian das bekannte Rescript Hadrians (l. 1. § 3. D. ad leg. Corn. de sicar.) an, welches die Tödtung in rixa (die wohl nie ohne culpa seyn kann) von derjenigen, welche occidendi mente geschieht, unterscheidet, und stellt als Princip geradezu den Satz voraus: Distinctionem casus et voluntatis in homicidio servari, rescripto Divi Hadriani confirmatur. Noch deutlicher spricht sich dies Verhältniß in § 11. eod. aus. Hier ist davon die Rede, daß Marius Evaristus bei einem heiteren Spiele seinen Spielgenossen Clodius durch ein sagum jactatum getödtet habe; diese Tödtung wird ausdrücklich als eine culpose bezeichnet, auch eine fünfjährige Relegatio gegen den Thäter ausgesprochen; allein das kaiserliche Rescript, welches diese Entscheidung genehmigt, beruft sich nun eben auf den in l. 5. § 2. D. de poenis ausgesprochenen Satz: Refert enim et in majoribus delictis, consulto aliquid admittatur an casu. Paulus R. S. V. 23. § 3. setzt casu und imprudenter zusammen. — Außerdem nun wird freilich auch in mehreren der angeführten Stellen culpa vom casus unterscheiden; so fortuito, nisi tam lata culpa sit &c., am deutlichsten aber in der l. 12. pr. D. de custodia reorum. Hier ist davon die Rede, wie Soldaten bestraft werden sollen, welche die ihnen zur Bewachung übergebenen Gefangenen durchgehen lassen, und es werden in dieser Beziehung zwei Rescripte des Hadrian angeführt. In dem zweiten desselben sagt er, der ordentlichen Strafe solle derjenige verfallen, qui custodiam dimisit aut ita sciens habuit, ut possit custodia evadere, also derjenige, welcher

dolos gehandelt hat; hievon wird nun der Fall unterschieden, si per vinum aut desidiam custodis id evenerit; hier soll castigatio und datio in deteriorem militiam eintreten; endlich, heißt es, si fortuito amiserit, nihil in eum statuendum. Hier ist also nacheinander von dolus, culpa, casus die Rede, und zwar mit scharfen Unterscheidungen in Beziehung auf die Strafe. In dem ersten Rescripte dagegen kommt der dolus nicht zur Sprache; es wird vielmehr nur die Unterscheidung gemacht nimia negligentia — an casu, und ausgesprochen, ita demum adficiendos supplicio milites, quibus custodiae evaserint, si culpa eorum nimia deprehendatur, alioquin pro modo culpae in eos statuendum. Hier wird also nicht nur casus der culpa überhaupt entgegengesetzt, sondern auch im Gebiete der letzteren selbst wieder nimia culpa (negligentia) von anderer culpa unterschieden. — In l. 16. § 6. D. de poenis drückt petulantia im Gegensatze zu violentia gleichfalls die culpa gegenüber dem dolus aus. Marcianus endlich in l. 11. § 2. D. eod. unterscheidet zwischen propositum, impetus und casus, wobei vorerst noch dahingestellt bleiben mag, welche Stellung dem impetus, ob beim dolus oder bei der culpa, anzuweisen sey.

Aus diesem Allen geht hervor, daß die Begriffe dolus, culpa und casus im Römischen Criminalrechte eine ganz andere Stellung hatten, als im Römischen Civilrechte. Man sieht, daß nicht nur in der ältesten Zeit imprudentia, negligentia ganz mit casus zusammengeworfen wurden (Gesetz des Numa, L. 9. D. de incendiis), sondern daß auch die leges, welche die quaestiones perpetuae feststellen, nur den direct verbrecherischen Willen bestraften (l. 7. D. ad leg. Corn. de sicariis). Die Ansicht von der Strafbarkeit der culpa scheint vornehmlich mit den quaestiones extraordinariae und durch kaiserliche Rescripte Eingang gefunden zu haben, wie denn namentlich Hadrians Name mehrmals genannt wird. Aber zur Festsetzung bestimmter Kategorien

kam es nicht. Vielmehr werden überall die Fälle der **culpa** als Ausnahmsfälle betrachtet, und als Hauptunterschied der zwischen **dolus** und **casus** beibehalten. Dies ist nun allerdings sehr merkwürdig und verdient als ein characteristischer Zug des Römischen Strafrechts wohl eine nähere Betrachtung. Hasse sagt: [94]

„Dieser Sprachgebrauch [daß nämlich **culpa** gleich **casus** genommen wird] läßt sich sehr leicht daraus erklären, weil eine jede schädliche Nachläßigkeit, d. h. ein jeder Fall, da der Handelnde augenblicklich nicht wußte, daß der Schaden entstehen müßte, in gewissem Betrachte immer ein Unglücksfall ist, der den Handelnden überkommt; es ist ein Unglück, daß ihn seine Sorglosigkeit, sein Leichtsinn, seine Unbesonnenheit hinriß und Unheil anstiftete. Sodann schied sich hier der **dolus**, als das Einzige, weswegen bei **majoribus delictis** die **poena justa** (die ordentliche Strafe des Gesetzes) zuläßig war, viel stärker von jeglicher **culpa**, als im Civilrecht, wo die Folge immer dieselbe blieb und nur die Verpflichtung verschieden war; endlich waren hier die Grade der **culpa** untereinander gar nicht so streng zu sondern, da hier meistens auf jedes bedeutende Mehr oder Weniger gesehen werden muß: **dolus, voluntas, quod quis sciens prudensque commisit, quod consulto committitur**, gränzte hier unmittelbar an den **casus fortuitus**, der daher in einen imputabeln (**negligentia**) und einen nicht imputabeln **casus** hier eingetheilt werden kann.

Ob die letzte Eintheilung so geradehin angenommen werden dürfe, möchte noch zu bezweifeln seyn, da z. B. in **L. 12. pr. D. de custodia reorum** die **culpa**, und zwar nach mehreren Abstufungen, als ein dem **casus** fremdes Gebiet diesem generisch verschieden gegenüber gestellt wird.

---

94) a. a. O. S. 552.

Sodann kann auch nicht gesagt werden, daß **dolus** unmittelbar an den **casus fortuitus** gegränzt habe; denn hiegegen spricht neben andern Stellen gleichfalls wieder die so eben angeführte. Die Erklärung des Sprachgebrauchs, welche Hasse giebt, besagt nicht viel, da man nun weiter gerade gern wissen möchte, warum denn die Römer die Ueberraschung durch Unachtsamkeit, Sorglosigkeit, Leichtsinn, für einen Unglücksfall angesehen haben? Auch paßt sie nur auf die eigentliche **negligentia** oder **desidia**; nicht aber auf die **petulantia**, **lascivia**, **luxuria**, **culpa lata dolo proxima etc.**, lauter Gemüthsrichtungen, die von **dolus**, **consilium**, **propositum etc.** wesentlich unterschieden, ja zum **casus** (**s. lat.**) gerechnet werden, und bei denen man doch nicht vom Ueberraschtwerden, von einem Unglück u. dgl. reden kann. Dagegen ist allerdings die historische Andeutung von Werth, daß nämlich die **leges judic. publ.** es nur auf **dolus** abgesehen haben. Nun kann man sich auch hiebei wieder nicht beruhigen, sondern muß nun weiter fragen: wie kam das, daß diese **leges** bloß den **dolus** mit Strafen verfolgen? daß sie nur die directe Entgegensetzung des subjectiven Willens gegen das Princip der Gerechtigkeit verpönten? daß sie nicht dieser Negation, wie im Privatrechte, den weiteren positiven Begriff der **diligentia** gegenüber stellten? Ich glaube, daß dies mit dem Wesen des antiken Bürgerthums überhaupt zusammenhängt. Dieses nämlich hatte zu dem öffentlichen Rechte, wozu ja auch das Strafrecht gehört, ein ganz anderes Verhältniß, als zum Privatrechte. In letzterem standen sich die Bürger nicht als solche, sondern als Individuen in besonderen, von der Privatwillkühr abhängigen Kreisen gegenüber, in Kreisen also, die dem Begriffe des Staates als untergeordnet erschienen. Dagegen erschienen sie im öffentlichen Rechte als integrirende Theile des Staats, als unmittelbare Träger dieser Idee, eben weil der antike Staat selbst noch durchaus von einem privatrechtlichen Ele-

mente durchzogen war. In der letzteren Sphäre daher hatten die Einzelnen den Staat nicht über sich, sondern vielmehr in sich; er repräsentirte seine Würde unmittelbar in ihnen. Da nun der Kern alles Strafrechts, das Princip der Gerechtigkeit, nichts Anderes ist, als das in der Form des Staats objectiv gemachte Princip des Guten, so mußte nun auch dieses Princip nicht als etwas über und außer den einzelnen Bürgern Bestehendes erscheinen, sondern es mußte einen integrirenden Theil der Existenz eines jeden desselben bilden. Eben nämlich, weil die Ordnung und Ruhe des Ganzen gleichsam ein Privatgut der Gesammtheit der Einzelnen war, so mußte auch erwartet werden, daß jeder Einzelne sein Thun und Lassen diesem Interesse gemäß von selbst einrichten würde. Was zur Substanz der bürgerthümlichen Existenz gehörte, das konnte nicht daraus abgelöst und als ein besonderer Fleiß gefordert werden, wie dies unter einem ganz anderen Gesichtspunkte im Privatrechte geschah. Das also, was hier unter der positiven Form der **diligentia** erschien, mußte im öffentlichen Rechte unentwickelt als Präsumtion in dem Begriffe des Bürgerthums überhaupt beruhen bleiben. Mit andern Worten: man erwartete schon von dem Bürger als solchen eine Handlungsweise, die conform wäre mit dem Principe des Staats, wovon es einen Theil vorstellte, und die Ehrenhaftigkeit, welche die Idee dieses Bürgerthums involvirte, verbot die Voraussetzung, daß ein Bürger diesem wesentlichen Interesse aus Leichtsinn, Muthwillen u. dgl. entgegen handeln würde. Man konnte sich ein solches Entgegenhandeln nur in direkter Umkehrung denken, so nämlich, daß der Bürger in solchem Entgegenhandeln zugleich sich selbst negire, daher denn auch die Strafen der **publica judicia** in der Regel auf physischen oder bürgerlichen Tod, auf **capitis deminutio** hinauslaufen. Das Verbrechen erschien daher bei den Römern nur in jener ersten unmittelbaren (negativen) Form; es konnte Jemand nur **dolo**

**malo**, **sciens prudensque**, **data opera**, **consulto**, **proposito etc.** ein Verbrechen verüben. War außerdem die objective Ordnung verletzt, so mußte für den casus präsumirt werden. Diese Einseitigkeit wurde denn auch durch verschiedene äußere Gründe vermittelt. So lange noch Sacralrecht galt, wurde das nicht mit Absicht geschaffte Uebel auf religiöse Weise gesühnt, wie wir aus den Ueberbleibseln der königlichen Gesetze sehen. Das **judicium domesticum** griff auf mannigfache Weise herein im häuslichen, die **nota censoria** im öffentlichen Verhältnisse. Auch mochten wirklich in der guten republikanischen Zeit Verbrechen aus **lata culpa** selten seyn, und dann konnte eine **culpa levis** einem sonst geachteten Manne wohl hingehen. Das hauptsächliche Moment der Erklärung aber bildet das neben dem öffentlichen Strafrechte fortbestehende System des Privatpönalwesens, durch welches eine Menge von Rechtsverletzungen zur Rüge kommen konnten, welche nach jenem einseitigen Principe des öffentlichen Strafrechts ungestraft geblieben seyn würden, und bei welchem nun gerade die entgegengesetzten Grundsätze galten. So war denn factisch für Alles hinlänglich gesorgt, und rechtlich erschien das System um so abgerundeter. Denn gerade in der einseitigen Beschränkung auf den **dolus**, als die directe Entgegensetzung des subjectiven Willens gegen den objectiven, manifestirte sich eben wieder jener formale, ethische Character des Römischen Strafrechts, den wir schon oben nach einer andern Seite, nämlich nach der äußern Seite des Verbrechens hin, kennen gelernt haben. Daß nun aber der Begriff in diesem schroffen Gegensatze zwischen **dolus** und **casus** nicht stehen blieb, daß vielmehr der Begriff des letzteren, vielleicht mit Hinsicht auf die im Privatrechte geläufigen Normen, schärfer gefaßt, und dadurch der der **culpa** hervorgetrieben, sofort auch durch Vermittlung von **extraordinariae quaestiones**, kaiserlichen Rescripten rc., in das System eingeführt wurde, all dies ist dem allgemeinen

Gange Römischer Rechtsbildung in der Kaiserzeit vollkommen analog. Die früheren Aushülfen, wie Sacralrecht, **jus domesticum etc.** fielen allmälig weg, oder wurden doch immer mehr zurückgedrängt. Das öffentliche Recht überwog das Privatpönalwesen, welches in bestimmte Formen eingeschränkt wurde (wie wir ja z. B. bestimmt wissen, daß die **lex Aquilia** allen früheren Gesetzen über das **damnum injuria datum** derogirte). Mit der Vergrößerung des Staats, mit dem Wachsthum des Reichthums und Luxus auf der einen, der Armuth auf der andern Seite, mit den inneren Spaltungen rc. wuchs auch die Gelegenheit zu Verbrechen. Was aber die Hauptsache ist, mit der Monarchie sank das Fundament jener Ansicht; das Kaiserreich wußte nichts mehr von jener **dignitas civis**, wie sie der Lebensathem der Republik gewesen war. Auch war wirklich der antike Staat selbst jetzt ein anderer geworden; er hatte sich weit über seine natürlichen Gränzen ausgebreitet, und indem er so nach außen ein Weltreich zu werden strebte, konnte er nach innen nicht mehr seine Substanz in den Bürgern selbst finden. Er mußte über diese heraustreten und eine prägnantere Spitze gewinnen, die er denn auch im Kaiserthume fand. Wenn somit nun auch das Princip des Strafrechts mit der Idee des Staats aus der Gesammtheit der Bürger heraus trat und in eine höhere Sphäre aufstieg, so konnte auch von den Bürgern nicht mehr erwartet werden, daß die Sorge für die Gerechtigkeit für sie den Werth eines Privatinteresses haben solle, es konnte daher auch jene **diligentia** nicht mehr, als schon im Begriffe des Bürgers liegend, präsumirt werden; sondern sie erschienen nun selbst einer höheren Sphäre untergeordnet; diese aber konnte auf kein unmittelbares Interesse der Bürger mehr zählen und mußte daher die vorher unentwickelt gebliebene Forderung der **diligentia** positiv hervortreten lassen, was nun eben durch die Verpönung ihres Gegentheils, der **culpa**, geschah. — Während wir daher

an Stellen, die sich mit der Interpretation des früheren Rechts beschäftigen, nur **dolus** und **casus** unterschieden, und zum letzteren höchstens nur **imprudentia** oder **negligentia** gerechnet finden, während man also in Beschränkung auf das frühere Recht wohl zugeben kann, daß man eine etwaige **levis culpa** wohl für einen bloßen Unglücksfall angesehen haben möge, wo nicht das Privatpönalwesen in die Lücke trat, so spricht nun die Jurisprudenz der Kaiserzeit von **desidia, negligentia, lascivia, luxuria, petulantia, culpa lata, culpa dolo proxima** und schließt in allen solchen Fällen den Gedanken des **casus** aus. Daß namentlich noch die **leges** mit dieser ganzen Mittelsphäre nichts zu schaffen hatten, beweisen viele der oben ausgezogenen Stellen, unter diesen aber besonders die bekannte von Paulus **L. 7. D. ad leg. Corn. de sicariis**, verglichen mit der Erzählung Ulpians über die von Marius Evaristus verübte culpose Tödtung, welche eine fünfjährige Relegation zur Folge hatte.

Aus dieser Entwicklung wird nun klar, daß das Gebiet des **dolus** immer dasselbe blieb, denn niemals finden wir, daß diesem etwas abgebrochen, oder daß es erweitert worden wäre. Vielmehr sieht man deutlich, wie der Begriff der **culpa** sich aus dem des **casus** herausarbeitet. Sogar die schwerste Art der **culpa** wird in **L. 7. D. ad leg. Corn. de sicariis** scharf vom **dolus** abgetrennt, und in **L. 11. D. de incendiis** wird die ganze Erwähnung der **culpa** an den Begriff des **fortuitum** angeknüpft, wenn es hier heißt: **Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima.** Die schwerste Art von Schuld also wird nur **dolo proxima** genannt, sie wird nicht zum **dolus** selbst gerechnet. Nun finden wir in **l. 5. § 1. D. ad leg. Aqu.** gerade als das characteristische Merkmal des **dolus** gegenüber von der **culpa** das **nocere velle**, womit auch alle die verschiedenen mehrfach angeführten Ausdrücke, wodurch der **dolus** bezeichnet wird, vollkommen übereinstimmen. Es liegt darin nichts

Anderes, als die bewußte directe Richtung des subjectiven Willens gegen das im Gesetze objectivirte Princip der Gerechtigkeit. Wo diese directe Entgegensetzung, oder wo das Bewußtseyn derselben fehlt, da nehmen die Römer keinen **dolus** an.

Fragen wir nämlich, was zur **culpa** gerechnet wurde, so finden wir, daß immer entweder der directe böse Wille, oder das klare Bewußtseyn fehlt. Für das Erste liegen Beweise genug in den oben ausgezogenen Stellen. Aber auch für das Letztere haben wir hinlängliche Beweise. Und beides ist auch der Natur der Sache durchaus gemäß. Wenn wir nämlich als die positiven Gesetze im Strafrechte überhaupt die zwei gefunden haben: Handle nicht gegen das Princip der Gerechtigkeit! und zweitens: Handle überhaupt immer so, daß dein Thun mit den Forderungen der Gerechtigkeit im Einklange steht, — so sehen wir weiter, daß dem letzteren Gesetze, welches eben das Gebiet der **culpa** beherrscht, auf eine zweifache Weise entgegengehandelt werden kann. Theils nämlich so, daß man überhaupt unterläßt, seinem Thun einen vernünftigen Inhalt zu geben, indem man sich bei seinem Gebahren mit der Außenwelt lediglich der in dieser herrschenden Zufälligkeit überläßt, indem man also nicht handelt, wo man handeln sollte. Dies ist es, was die Römer mit **negligentia, desidia** bezeichnen, und was allerdings dem **dolus** ganz scharf gegenüber steht, indem es eben das Nichthandeln gegenüber dem Handeln bezeichnet. Und zwar kann diese **desidia** bis zur **luxuria**, bis zur **culpa lata dolo proxima** steigen, sowie sie sich nach unten zu in mannigfaltigen Abstufungen in das Gebiet des **casus** hinein verliert. Hieher gehören vorzüglich die Fälle der culposen Brandstiftung, wo von **casus i. e. negligentia**, von **culpa**, die zur **luxuria** und **culpa dolo proxima** steigen können, von **fortuita incendia, quae incuria ignem supponentis ad usque vicini agros evadunt**, von **fortuita incendia, quae, cum vitari pos-**

**sent, per negligentiam eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt** u. dgl. die Rede ist. Ebenso der Fall dessen, **qui se ab alto praecipitaverit**, der des **putator ex arbore**, der des Marius Evaristus, welcher beim Spiele nicht vorsichtig war, die Fälle der **milites, qui per desidiam et negligentiam custodias amiserint**, die Fälle, wo Jemand an nicht **malo animo** gegebenen **venenis, medicamentis**, namentlich **amatoriis poculis** gestorben ist und ähnliche. Das Bezeichnende bei allen diesen Fällen ist nämlich der Leichtsinn im Handeln überhaupt, das leere Thun im Gegensatze des vernünftigen, die objective Zufälligkeit nach Zwecken meisternden, Handelns. Das Subject soll nie bloß thuend erscheinen, nie die Augen zumachen, die Hände in den Schooß legen und sich zum Spiele des Zufalls machen, sondern es soll immer suchen, seinem Thun einen die Aeußerlichkeit mit Nothwendigkeit bestimmenden, und zwar einen dem Gesetze der Gerechtigkeit angemessenen Inhalt zu geben. Hiegegen verstößt man aber eben sowohl durch Unthätigkeit, wo man thätig seyn sollte, als durch Thätigkeit, ohne die gehörige Aufmerksamkeit auf die Folgen derselben. Die Trägheit der Intelligenz ist ebenso ein Fehler des Willens, als der Mangel an Willen, so lang nur das Subject fähig ist, überhaupt zu wollen, und auch mit der gehörigen Einsicht und Aufmerksamkeit auf die Folgen zu wollen. Man darf hier freilich nicht an den empirischen Unterschied von **culpa in faciendo** und **culpa in non faciendo** denken. Das Wesentliche in allen diesen Fällen ist immer **negligentia**, das Vernachläßigen der Pflicht, überhaupt zu handeln, oder wenigstens mit der gehörigen Einsicht zu handeln. Hieher gehört denn auch der **ludus perniciosus in l. 50. § 4. D. de furtis.** Jedesmal aber finden wir solche Fälle scharf dem dolosen Handeln gegenübergesetzt, welches denn meist in concreterer Form, durch **inimicitia, cupiditas etc.**, oft aber auch geradezu durch abstrakte Ausdrücke, **dolus, consultum, necandi causa** u. dgl. bezeichnet wird.

Es kann aber jenem zweiten Gesetze noch auf eine andere Art entgegen gehandelt werden, — so nämlich, daß man es an dem Momente des Bewußtseyns fehlen läßt, indem der subjective Wille gegen das objective Gesetz angeht. Nicht etwa am Bewußtseyn der schädlichen Folgen einer an sich gleichgültigen Handlung, — davon war vorhin die Rede; sondern am Bewußtseyn über die Natur und den rechtlichen Werth der Handlung selbst. Es versteht sich, daß von einer **culpa** hier überhaupt nur die Rede seyn kann, wenn die Handlung widerrechtlich ist, wenn eine positive That vorliegt, die ein doloses Verbrechen wäre, wenn nicht eben jenes Bewußtseyn im concreten Falle fehlte. Wie also im vorigen Falle der Unterschied vom **dolus** in dem Mangel der directen Entgegensetzung des Willens gegen das Gesetz lag, so liegt es hier in dem Mangel des Bewußtseyns dieser Entgegensetzung. Es ist jedoch sogleich der Gedanke zu entfernen, als könnte hierher ein widerrechtliches Handeln aus angeblich guten Motiven gehören. Durchaus nicht; denn hier ist immer **dolus**; hier ist Bewußtseyn über die rechtliche Natur der That vollkommen vorhanden, und das Subject meint nur sich über seine Entgegensetzung seines Willens gegen den objectiv im Gesetze ausgedrückten moralisch rechtfertigen zu können. Eben in den vermeintlich guten Motiven liegt ja das Moment der Besinnung, der Einsicht, welches hier negirt seyn soll. Es kann also vielmehr hierher nur der Fall gehören, wenn überhaupt das Bewußtseyn mangelt, — aber, wie sich von selbst versteht, — zufolge einer Verschuldung des Subjects mangelt (da sonst der Gesichtspunkt des **casus fortuitus** eintreten würde). Da nun also von bestimmten Motiven, Erwägungen rc. hier nicht die Rede seyn kann, so kann das Bezeichnende nur darin liegen, daß der Handelnde überhaupt in einem geistigen Zustande handelt, worin man vernünftiger Weise nicht handeln sollte. Dies geschieht aber dadurch, daß er im Augenblicke des Handelns die in-

nere Harmonie seines Geistes aufheben, seinen Willen durch ein einzelnes Gefühl gefangen nehmen, seine Besinnung durch einen plötzlichen Affect trüben läßt. **Dolus** ist hier nicht vorhanden, weil ein wesentliches Requisit desselben, nämlich das klare Bewußtseyn von der rechtlichen Natur der Handlung mangelt. Wohl aber ist es immer eine sehr schwere Schuld, sich sogar zu einer directen Empörung gegen das Gesetz durch einen Affect hinreißen zu lassen. Auch werden eben des letzteren Moments wegen solche Fälle immer strafbarer erscheinen, als die der bloßen **negligentia**; denn, wenn gleich auch die **petulantia**, die einen **ludus perniciosus** begeht, die **desidia**, **lascivia** bis zur **luxuria** und **culpa lata** steigen können, so fehlt hier doch immer die directe Entgegensetzung des subjectiven Willens gegen den objectiven. Diese aber ist in dem jetzt zu betrachtenden Falle immer vorhanden; und, wenn zwar durch das Moment des Affects der **dolus** negirt wird, so bleibt es doch immer eine **culpa dolo proxima**, sein Handeln, — nicht, wie in jenen Fällen, dem bloßen Spiele äußerer Zufälligkeiten, sondern — einem verwerflichen Zustande des eigenen Gemüths hinzugeben. Es ist daher auch falsch, wenn man vom Affecte sagt, er entschuldige, und denselben als einen Milderungsgrund aufstellt. Vielmehr liegt im Affecte gerade die Schuld, welche aber freilich zugleich das Moment des **dolus** negirt. — Daß nun die Römer gerade so dachten, dafür liegt der beste Beweis in den Ausdrücken, wodurch sie den **dolus** bezeichnen, und wovon nicht Einer auf den im Affecte Handelnden angewendet werden kann. Oder könnte man von diesem sagen, daß er **sciens prudensque**, daß er **consilio**, **consulto**, daß er **data opera**, daß er **proposito aliquid** gehandelt habe? Der Gesichtspunkt, wie er hier angegeben wurde, ist treffend ausgedrückt in einer zunächst dem Civilrechte angehörigen Stelle:

**Ulpianus libro XXX. ad Edictum. — Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo habe-**

**retur, ac propterea vinctum, vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse, quod factum est, arbitror, quia, cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam (magis), quam decipere. l. 7. pr. D. depositi.**

Man muß diese Stelle von dem Falle verstehen, da der **sequester** sich durch eine augenblickliche Aufwallung des Gefühls hinreißen ließ, den Gefangenen zu befreien, wie es auch heißt: **intempestive misericordiam exercuit.** Denn hätte er den ihm anvertrauten Sklaven schon in der Absicht, ihn loszulassen, bei sich aufgenommen, so würde hierin ein wahrer **dolus** gelegen seyn. Auch sagt ja Ulpian nicht, der **sequester** habe den Sklaven **misericordia ductus** bei sich aufgenommen, sondern er habe **servum depositum, vinctum, extensum — misericordia ductus** laufen lassen, und zeigt dadurch genugsam an, daß die **misericordia** hier als eine **commotio animi superveniens** zu nehmen sey. Die Schuld nun, sagt er, sey immer **dolo proxima**; denn man sollte sich nicht **intempestive** vom Mitleid zu einer Handlung hinreißen lassen, von der man wissen könne, daß sie widerrechtlich sey; wenn man solchen Menschlichkeiten nicht widerstehen könne, so solle man lieber derlei Aufträge gar nicht übernehmen, als, wenn man sie einmal übernommen habe, eine Handlung begehen, die mit einem wahren **dolus** fast auf Eins und Dasselbe hinauslaufe. — Die Widerrechtlichkeit, welche hier in dem Zuwiderhandeln gegen die übernommene Contractspflicht besteht, erscheint in allgemeinerer, criminalistischer Form bei dem Soldaten, welcher einem Gefangenen durchhilft oder ihn entwischen läßt. Wir haben schon oben gesehen, wie in diesem Falle, **dolus, desidia,** verschiedene Stufen von **negligentia** und **casus** unterschieden wurden. Nun heißt es weiter in **l. 14. § 2. D. de cust. reor.**

**Herennius Modestinus libro IV. de Poenis. — Si miseratione custodiam quis miserit, militiam mutat: fraudulenter autem si fuerit versatus in dimittenda custodia, vel capite punitur, vel in extremum gradum militiae datur.**

Das Entwischen lassen oder Durchhelfen aus **miseratio** wird hier genau unterschieden einerseits von der **negligentia**, und andererseits von dem **fraudulenter versare in dimittenda custodia** Es ist wieder der Fall, da sich Jemand durch ein überwallendes Gefühl zu einer direct der Pflicht widerstreitenden Handlung fortreissen läßt. Und ebenso wie hier in concreter Form die **miseratio** der **fraus**, so wird allgemeiner in **l 11. § 2. D. de poenis** der **impetus** dem **propositum** entgegengesetzt und als Beispiel des ersteren angeführt, **cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur.** Auch hier also wieder ist darauf hingedeutet, daß einerseits eine an sich direct dem Gesetze widerstrebende Handlung (**ad manus aut ad ferrum venire**), andererseits aber ein getrübter Zustand des Bewußtseyns (**ebrietas**) vorliege; die Schuld aber liegt wiederum darin, daß man in einem solchen Zustande sich zum Handeln entschließt. Derselbe Grundsatz ist auch in folgender Stelle ausgesprochen:

**Paulus. Rec. Sent. V. 31. — Miles, qui sibi manus intulit nec factum peregit; nisi impatientia doloris aut morbi luctusve alicujus vel alia causa fecerit, capite puniendus est: alias cum ignominia mittendus est. l. 83. § 12. D. de poenis.**

Der Affect, der in **l. 14. § 2. D. de cust. reor.** unter der concreten Form der **miseratio** erschien, erscheint hier unter der concreten Form der **impatientia doloris aut morbi luctusve alicujus.** Auch hier aber wird es als eine sehr schwere, wenn gleich vom **dolus** noch weit unterschiedene, Verfehlung angesehen, daß der Soldat durch einen solchen Affect sich zur Vornahme einer direct gegen seine Pflicht laufenden Handlung hinreissen ließ. Eben so sagt

Arrius Menander libro I. de re militari. — Qui se vulneravit vel alias mortem sibi conscivit, Imperator Hadrianus rescripsit, ut modus ejus rei statutus sit, ut si impatientia doloris aut taedio vitae aut morbo aut furore aut pudore mori maluit: non animadvertatur in eum, sed ignominia mittatur; si nihil tale praetendat, capite puniatur. Per vinum aut lasciviam lapsis capitalis poena remittenda est et militiae mutatio irroganda. l. 6. § 7. D. de R. M.

Der merkwürdigste und auch am meisten besprochene Fall einer im Affecte begangenen verbrecherischen Handlung ist im Römischen Rechte der Fall der Tödtung des Ehebrechers. Die davon handelnden Gesetzesstellen sind folgende:

Paulus. Rec. Sent. Lib. II. Tit. 26. § 5. Maritum, qui uxorem deprehensam cum adultero occidit, qui hoc impatientia justi doloris admisit, lenius puniri placuit.

Paul. Coll. legg. Tit. IV. 5. — Sciendum est autem divum Marcum et Commodum rescripsisse, eum qui adulterum inlicite interfecerit, leviore poena puniri. Sed et Magnus Antoninus pepercit eis, qui adulteros inconsulto calore ducti interfecerunt.

Papinianus libro XXXVI. quaestionum. Imperatores Marcus Antoninus et Commodus filius rescipserunt: si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliae de sicariis poenam excipiet. Nam et D. Pius in haec verba rescripsit Apollonio: Ei qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potes, cum sit difficillimum justum dolorem temperare; et quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit, puniendus est: sufficit igitur, si

humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi: si qui honestior, in insulam relegari. l. 38. § 8. D. ad leg. Jul. de adult.

Alexand. — Gracchus, quem Numerius in adulterio noctu deprehensum interfecit, si ejus conditionis fuit, ut per legem Juliam impune occidi potuerit, — quod legitime factum est, nullam poenam meretur. Idemque filiis ejus, qui patri paruerunt, praestandum est. Sed si legis auctoritate cessante inconsulto dolore adulterum interemit, quamvis homicidium perpetratum sit, tamen, quia et nox et dolor justus factum ejus relevant, potest in exilium dari. l. 4. C. eod. [95]

Bekanntlich ist nämlich in der **lex Julia de adulteriis** dem Vater und Ehemann ein Tödtungsrecht wegen Ehebruchs zugesprochen. Und zwar ist dem Ehemanne erlaubt, den Ehebrecher zu tödten, wenn dieser zu den **viliores personae** gehört (l. 24. D. h. t.). Dagegen darf der Vater jeden Ehebrecher, muß aber zugleich seine Tochter mit tödten (l. 20—23. eod.). In beiden Fällen muß aber die Tödtung **in flagranti, in continenti** und im Hause geschehen, wenn sie straflos seyn soll. Wo nun diese Erfordernisse nicht beobachtet sind, da findet ein wahres **homicidium** statt, soll aber in gewissen Fällen wegen des **justus dolor etc.** leichter bestraft werden. Die enge Verbindung, worin die vorliegende Bestimmung über den Affect mit einem so durchaus singulären Rechte steht, macht einige Bemerkungen über das Letztere nöthig.

---

95) Hofmann ad leg. Jul. de adult. lib. sing. in Fellenberg jurisprud. antiqua. Tom. I. pag. 117. ssq. B. Brisson. Lib. sing. ad leg. Jul. de adult. (opp. min. ed. Trekell.) C. Wächter über die Ehescheidungen bei den Römern. Burchardi über die Strafe des Ehebruchs. (N. Arch. des Crim.-Rechts Bd. VIII. St. 2. S. 212.) Abegg Com. de antiquiss. Rom. jure crim. § 37. Ders. Unters. S. 154. ff.

Abegg[96] hat in seinem Commentare über das älteste Römische Strafrecht eine Reihe von Beweisen dafür zusammengestellt, daß bei der darin unverkennbaren Ansicht von der Heiligkeit der Ehe das uralte früher in größerer Unbeschränktheit vorkommende Recht der Privatrache auch bei der Betreffung des Ehebrechers längst bestanden habe und nicht erst der Zeit zugeschrieben werden könne, aus welcher sich die ersten uns bekannten quellenmäßigen Zeugnisse finden. Zugleich hat er[97] in seinen Untersuchungen zur Genüge gezeigt, wie vielmehr aus dem natürlichen Bildungsgang hervorgehe, daß der **lex Julia** eine Milderung und Einschränkung der älteren Bestimmungen zugeschrieben werden müsse, wie denn der Zweck der vom späteren Rechte aufgestellten Bedingungen offenbar auf eine indirekte Aufhebung der Tödtungsbefugniß berechnet sey. So ist denn wohl sehr wahrscheinlich theils in der vorgeschriebenen Bedingung des örtlichen Verhältnisses, theils in der Vorschrift, daß die Tödtung sofort ἐν ἔργῳ vorzunehmen sey, eine dem früheren Rechte nicht angehörige Beschränkung. Denn so lange das Princip der Privatrache mächtig war, überwog gewiß die Schwere der Verletzung, der größten Schmach, welche den Hausvater treffen konnte, jede Rücksicht auf Ort und Zeit. Das Strafgericht, das er ausübte, erschien als gerecht, wenn ihm auch vielleicht in inzwischen verstrichener Zeit die Möglichkeit ruhigerer Ueberlegung gegeben worden war. Wenn es nämlich allerdings wahr ist, daß diese ruhigere Ueberlegung den Gekränkten veranlassen konnte, die Schuldigen der Strafgerechtigkeit zu überliefern, so wissen wir einerseits nicht, ob und welche Strafen denn überhaupt dem Ehebruche vor Erscheinung der **lex Julia** gedroht waren, andrerseits scheint, besonders bei dem nahen Zusammenhange mit dem **jus domesticum,**

96) a. a. O. § 15. Not. 59. cf. A. Matthaei de criminibus. Comment. ad Dig. Lib. 48. tit. 3. cap. 1.

97) a. a. O. S. 156 ff.

gerade hier ein Fall vorzuliegen, wo man das Princip der Privatrache als noch lange neben dem öffentlichen Strafrechte her fortwirkend annehmen darf, eben weil durch die fragliche Verletzung die **dignitas** des **paterfamilias** recht eigentlich als an ihrer innersten Wurzel angegriffen erschiene. Ebenso ansprechend ist gewiß die Ausführung darüber, daß einmal beim Ehemann theils die Beschränkung der Tödtungsbefugniß auf **viliores personae**, theils das Verbot der Tödtung der schuldigen Ehefrau, — umgekehrt beim Vater das Gebot, die schuldige Tochter mitzutödten, offenbar den Zweck gehabt haben, die Ausübung der althergebrachten Befugniß zu erschweren. Endlich können wir uns, einer nachher zu machenden Bemerkung wegen, nicht enthalten, eine wichtige Stelle der gedachten trefflichen Abhandlung geradezu hierherzusetzen: „Allemal," heißt es S. 170 ff., „ist es mehr der subjective Gesichtspunkt, von welchem aus der Mann verfährt, eine Rücksicht, die schon an sich bestimmt ist unterzugehen, um einer höheren Platz zu machen, und nur theilweise, wo sie letzterer widerspricht, geduldet und nachgesehen werden, aber nicht eine selbständige Geltung behaupten kann. Rücksichtlich des Vaters kommt aber gleich anfangs die mehr objective Seite der Strafe, statt der einer Racheübung, in Betracht. Was die Uebelthat des Schuldigen betrifft, welches Standes er auch seyn möge, sie unterliegt als Hauptttheilnahme an der Schuld der Tochter derselben Ahndung, welche über letztere verhängt wird, und die der Vater auch in der gebräuchlichen Form der häuslichen Strafgerichtsbarkeit ausüben durfte. Hier ist es nicht der gerechte Schmerz wegen Verletzung seines heiligsten Rechtes, wie bei dem Ehemanne, — es ist nicht die Rache, es ist vielmehr das tiefe Gefühl der Unsittlichkeit und Verworfenheit, welches einen Vater als Richter seiner Tochter bewegt, wenn er nicht dem Staat das Urtheil überläßt.... Bei dem Mann ist es **vindicta privata**, bei dem Vater **potestas**, oder wenigstens gleichsam eine nach

Aufhebung derselben (wenn die Frau mit seiner Autorität in die eheliche Gewalt getreten war) vorbehaltene Befugniß, und das, was dem **domesticum imperium** zur Grundlage dient, wodurch diese mögliche Tödtung gerechtfertigt werden kann. Bei dem Manne ist daher die Richtung eine selbständige gegen den Ehebrecher, bei dem Vater gegen die Tochter, und nur vermittelst dieser erstreckt sich seine Befugniß auch auf den Andern, bei einem Verbrechen, zu dessen Thatbestand nothwendig die Zusammenwirkung zweier Personen gehört; der Vater darf, da er nicht eigene Schmach rächt, sondern mehr das Unrecht straft, beide Schuldigen nicht in der Behandlung trennen; der Mann, der sich rächt, darf beide nicht verbinden; — jeder könnte zum Gegentheile geneigt seyn, — hierin liegt die Schranke. Wäre nun der Gesichtspunkt der **potestas** durchgeführt, so müßte der Mann im Verhältniß zu der Frau **in manu** zu demselben berechtigt seyn, was der Vater darf; denn die Frau ist ihm gleich einer Haustochter (**filiae loco**). Aber hier ist mit gutem Grunde die innere geistige Seite des Verhältnisses gegen die bloß juristische für überwiegend ausgesprochen worden, und so erklärt sich ein Unterschied, der aus rein civilrechtlichen Gründen nicht folgt und auch gewiß im älteren Rechte nicht stattfinden konnte."

Was wir nämlich bemerken wollen, ist dies: Abegg findet noch weiter in der **lex Julia** selbst die Anwendung eines tieferen Princips, — des Princips, daß dem Affekt eine strafmildernde Kraft beiwohne. Gewiß ist nun ganz mit ihm übereinzustimmen, wenn er sagt, daß bei der späteren Fortbildung des Gesetzes die Beachtung dieses Affekts die Hauptsache geworden und dadurch die Rücksicht der **vindicta privata** zurückgedrängt worden sey; dagegen möchten wir ihn als Princip der **lex Julia** selbst noch nicht in dem Umfange vindiciren, worin Abegg dies zu thun scheint. Hiegegen spricht nämlich wohl, abgesehen hier noch von andern Gründen, die so eben ausgezogene treffliche Erörte-

rung **Abeggs** selbst, wornach auch in der **lex Julia** noch wenigstens beim Vater nicht der Gesichtspunkt der Rache, sondern der der Strafe herrschte. Dieser aber schloß an und für sich selbst wohl (wenn man die übrigen **Leges** vergleicht) die Beachtung des Affekts aus; daher es auch in **l. 22. § 4.** heißt:

> **Patri, non marito, mulierem et omnem adulterum remissum erat occidere, nam mariti calor et impetus magis refrenandus videbatur.**

Allerdings ist aber aus dieser und andern Stellen zu ersehen, daß auch die **lex Julia** späterhin in der angezeigten Weise gedeutet und ihr ein Princip untergelegt wurde, welches wohl ursprünglich in derselben nicht lag; wie z. B. Ulpian sagt:

> **Quod ait lex: in continenti filiam occidat, sic erit accipiendum, ne occiso hodie adultero reservet et post dies filiam occidat, vel contra; debet enim prope uno ictu et uno impetu utrumque occidere, aequali ira adversus utrumque sumta. libro I. de ad ulteriis. l. 23. §. 4. D. ad leg. Jul. de adult.** [98]

Offenbar ist die **ira**, der **impetus** in der späteren Bedeutung hier nur eingeschwärzt. Die viel natürlichere Erklärung, warum die **lex Julia** die Bestimmung des **in continenti occidere** aufnahm, ist die, daß die **lex** das **judicium domesticum** beschränken wollte, daß die nicht **in continenti** verübte Tödtung hinfort als ein Eingriff des richtenden Hausvaters in die strafrechtliche Befugniß des Staats angesehen und deshalb verboten werden mußte.

Außer den angeführten Fällen nun also war keine straflose Tödtung vorhanden.

**Si (pater) filiam non interfecerit, sed solum**

98) Sed si intervallum (ex intervallo) filiam interfecerit, tantundem est, nisi persequatur (persecutus) illam interfecerit; continuatione enim animi videtur legis auctoritatem fecisset (auctoritate fecisse). Paulus in Coll. leg. Mos. tit. IV. § 2.

adulterum, homicidii reus est. Paulus in Coll. leg. Mos. tit. IV. § 2.

Debet autem (maritus) profiteri apud eum, cujus jurisdictio est eo loco, ubi occidit, et uxorem dimittere. Quodsi non fecerit, impune non interficit. Paul. eod. loco. tit. IV. § 3.

Si pater, qui adulterum occidit, et filiae suae pepercit, quaero quid advertus eum sit statuendum? Respondit. Sine dubio iste pater homicida est. Igitur tenebitur lege Cornelia de sicariis. Plane si filia non voluntate patris, sed casu servata sit, non minimam habebit defensionem pater, quod forte filiam (— —?). Nam lex ita punit homicidam, si dolo malo homicidium factum fuerit. Hic autem pater non ideo servavit filiam, quia voluit, sed quia occidere eam non potuit. Papin. ibid. tit. IV. § 9.

Si maritus uxorem suam in adulterio deprehensam occidit, an in legem de sicariis incidit, quaero. Respondit. Nulla parte legis marito uxorem occidere conceditur. Quare ea parte contra legem fecisse eum non dubitatur. Sed si de poena tractas, quin aliquid ejus honestissimo calori permittatur, non ambigitur. Sic dicit: non dubitatur, ut non quasi homicida puniatur capite vel deportatione, sed usque ad exitium (exilium) poena ejus statuitur. Papin. ib. tit. IV. § 10.

Aber wir sehen zugleich, daß subjectiver Gründe wegen eine mildere Strafe eintreten kann. Und zwar wird dieser subjective Grund ausgedrückt durch impatientia justi doloris, inconsultus calor, impetus doloris, justus dolor, honestissimus calor. Mit allen diesen Ausdrücken ist der Affekt sehr richtig bezeichnet, als der Zustand der plötzlichen (impatientia, impetus) durch das Gefühl (calor, dolor) hervorgebrachten Trübung des Bewußtseyns; als der

Zustand also, wo plötzlich die Harmonie der Seele aufgehoben, und alles Bewußtseyn in den Focus Einer übergewaltigen Empfindung concentrirt wird. Daß aber auch hier die im Affekte begangene Handlung gerade nicht als eine dolose betrachtet wurde, das beweist wenigstens indirekt die so eben angeführte Stelle von Papinian (**Coll. IV. 9.**). Er spricht hier von dem Falle, wenn der Vater zwar den Ehebrecher, aber nicht die Tochter getödtet hatte. Dann, sagt er, verfalle der Vater unbezweifelt der Strafe der **lex Cornelia de sicariis.** Wie aber, wenn die Tochter nicht mit Willen des Vaters, sondern **casu** gerettet worden ist? Hier hat der Vater vollkommene Entschuldigung. Denn **lex ita punit homicidam, si dolo malo homicidium factum fuerit. Hic autem pater non ideo servavit filiam, quia voluit, sed quia occidere eam non potuit.** Wenn der Vater sich besann, wenn er aus Ueberlegung und Absicht die Tochter rettete, dann ist er des **homicidium** an dem Ehebrecher schuldig, weil (wie der Jurist wahrscheinlich nur in das Gesetz hinein interpretirt) weil dann von einem die Besinnung aufhebenden **calor**, von einem **impetus**, einer **impatientia doloris** nicht die Rede seyn kann, sondern nur von **dolus malus.** War nun aber die Rettung der Tochter Folge eines Zufalls, nicht seines bewußten Willens, d. h. handelte der Vater überall im Affekt, so kann die Strafe der **lex Cornelia** für die Tödtung des Ehebrechers nicht eintreten, weil das Gesetz zum Begriff des strafbaren **homicidium** das Requsit des **dolus malus** erfordert. Daraus folgt denn, daß der Jurist die im Affekte begangene Handlung von der **dolo malo** begangenen durchaus unterscheidet, und zwar eben wieder, weil der volle Begriff des **velle,** nämlich das Bewußtseyn über die Natur der Handlung fehlt. Fragen wir nun aber nach der Zeit, wo dieses subjective Moment zuerst sich im Rechte geltend gemacht habe, so werden wir auch hier von den klassischen Juristen an die kaiserliche Jurisprudenz verwiesen. Paulus

nennt den Divus Marcus und Commodus, den Magnus Antoninus, Papinian gleichfalls den Marcus Antoninus und Commodus und den Divus Pius. Von Alexander hat uns der Codex eine Constitution selbst aufbehalten. Wir sehen also auch hier wieder bestätigt, daß die ganze Lehre von den zwischen **dolus** und **casus** mitten inne liegenden Willensmomenten, somit die ganze Lehre von der **culpa** im Criminalrechte, erst in der Periode der Imperatoren wenigstens zu formalem rechtlichen Daseyn kam, wenn sie gleich längst vorbereitet seyn mochten.

Eben diese Wahrscheinlichkeit führt uns nun darauf, aus dem Gebiete der Jurisprudenz hinauszugehen und zu untersuchen, welche Bildungsmomente diese in andern Kreisen der gemeinen Intelligenz etwa schon vorbereitet möge angetroffen haben. Und zwar dies nur in nächster Beziehung zu unserem Hauptthema, der Lehre vom Affekte.

Es ist mehrfach [99] und gewiß mit großem Rechte darauf aufmerksam gemacht worden, daß ein Hauptbildungsmittel für die römische Jurisprudenz als Doctrin und Gesetzgeberin die stoische Philosophie gewesen und daß daher namentlich die der sogenannten **naturalis ratio** angehörenden Bestimmungen des Römischen Rechts immer in ihrer lebendigen Wechselwirkung mit den Lehren der Stoa aufzufassen und aus ihnen zu interpretiren und näher zu bestimmen seyen.

Elvers in der angeführten Schrift hat verschiedene Aussprüche des Cicero und des Seneca zusammengestellt, in welchen die Lehre von den Affekten enthalten ist. Es möge nach seinem Beispiele von solchen und ähnlichen Stellen hier stehen, was dazu dienen kann, die Ansichten des späteren Römischen Strafrechts als vorbereitendes Bildungsmoment zu erklären. —

99) Welker die Universal- und die juristische Encyklopädie und Methodologie. Stuttgart 1829. S. 65 ff. Elvers Praktische Arbeiten. Rostock 1836. S. 242 ff.

Die Stoiker gehen von dem Satze aus, daß die Weisheit, d. h. die Harmonie im Wechselspiele der Geisteskräfte, die Gesundheit des Geistes, dagegen jede Störung dieser Harmonie, jede **perturbatio animi**, eine Krankheit desselben sey, weil jeder so Afficirte gleichsam sich nicht mehr in seiner Gewalt habe, d. h. aus der Gewalt seines Geistes gekommen sey, welchem die Natur die Herrschaft über die ganze Seele übertragen habe. Besonders ist ein wichtiger Bestandtheil der Weisheit die **frugalitas**. Denn ihr scheint es eigenthümlich zu seyn, die Bewegungen des Begehrungsvermögens zu lenken und zu stillen, und immer die der Lust widerstrebende, in allen Dingen gemäßigte Gleichmüthigkeit zu bewahren. Der Mann von Frugalität also, — der sich Mäßigende und Selbstbeherrschende, — muß nothwendig auch der sich gleich Bleibende seyn; wer aber sich gleich bleibt, wird ruhig seyn; der Ruhige aber muß von aller **perturbatio** frei seyn. Die wirkende Ursache aller **perturbationes** liegt in der Vorstellung. Sie lassen sich auf vier Gattungen zurückführen, die wieder in mehrere Arten zerfallen. Da nämlich die **perturbatio** überhaupt eine Gemüthsbewegung ist, welche der Vernunft ermangelt, oder die Vernunft abweist, oder der Vernunft nicht gehorcht, und da diese Bewegung entweder durch die Vorstellung von einem Gute oder durch die von einem Uebel erregt wird, so zerfallen die vier **perturbationes** nach einer gleichförmigen Theilung in zwei Gattungen: einerseits **voluptas gestiens** und **cupiditas vel libido**, welche aus einer **opinio boni (praesentis** oder **opinati) rationi non obtemperans** entstehen; andrerseits **metus** und **aegritudo**, beruhend auf einer vernunftwidrigen Vorstellung eines erwarteten oder gegenwärtigen Uebels. Diesen **perturbationes**, welche die Thorheit wie Furien aufregt und ins Leben der Menschen sendet, muß man mit aller Kraft und Macht entgegenkämpfen, wenn wir dies Leben, soviel uns davon ist, ruhig und friedlich hinbringen wollen. — Anders lehren

die Peripatetiker; sie haben hier einen Mittelweg eingeschlagen und gemäßigte Perturbationen oder Krankheiten der Seele angenommen; aber kräftiger und männlicher war das System der Stoiker.[100] — Näher wird nun dieses System im folgenden Buche auseinandergesetzt. — Was nämlich, heißt es hier die παθη, **perturbationes** betrifft, so theilten schon die Pythagoräer und Platoniker die Seele in zwei Theile, in einen mit Vernunft begabten und einen derselben ermangelnden; in den vernünftigen Theil setzen sie die Ruhe, d. h. eine sanfte, friedsame Gleichmäßigkeit des Gemüths; in jenen andern die verwirrten Bewegungen des Zorns und der Begierde, welche der Vernunft widersprechend und feind sind. Zeno definirt nun das παθος als eine von der Vernunft abgewandte, widernatürliche Gemüthsbewegung; Andere kürzer als eine zu heftige Aufregung des Begehrens, — zu heftig nämlich, weil sie sich zu weit von der inneren Gleichmäßigkeit der Natur entferne. Die stoische Eintheilung der Perturbationen ist die schon oben angegebene; alle haben ihren Grund in der Einbildung. So z. B. die **libido** in der Einbildung eines erwarteten Guts. Von Natur nämlich strebt man überhaupt nach dem, was als ein Gut erscheint, und flieht das Entgegengesetzte. Daher, sobald die Vorstellung von etwas, das ein Gut scheint, sich dargeboten, so treibt die Natur selbst, es zu gewinnen. Geschieht dies nun mit Klugheit und ohne die innere Gleichmäßigkeit zu stören, so nennen die Stoiker ein solches Begehren βουλησις, wir nennen es **voluntas.** Sie definiren es so: **voluntas est, quae quid cum ratione desiderat.** Dagegen jede im Widerspruche mit der Vernunft stehende heftigere Aufregung des Begehrens ist **libido,** d. h. zügellose Begierde, und diese findet sich bei den Thoren. — Jede Gattung hat denn auch wieder ihre Unterarten, so ist der **aegritudo** untergeordnet:

---

100) Tuscul. quaest. Lib. III. cap. 4—11.

Scheelsucht (invidentia), Eifersucht (aemulatio), Mißgunst (obtrectatio), Mitleid (misericordia), Angst (angor), Trauer (luctus), Jammer (moeror), Harm (aerumna), Schmerz (dolor), Wehklage (lamentatio), Betrübniß (sollicitudo), Leiden (molestia), Qual (afflictatio), Verzweiflung (desperatio) &c., dem metus — Trägheit (pigritia), Schaam (pudor), Schrecken (terror), Besorgniß (timor), Bestürzung (pavor), Entsetzen (exanimatio), Verwirrung (conturbatio), Verzagtheit (formido); der voluptas — Schadenfreude (malevolentia), Entzücken (delectatio), Prahlerei (jactatio) &c. — der libido — Zorn (ira), Aufwallung (excandescentia), Haß (odium), Feindseligkeit (inimicitia), Groll (discordia), Ungenügsamkeit (indigentia), Sehnsucht (desiderium) &c. Und zwar werden die Unterarten der libido noch näher so definirt: ut ira sit libido poeniendi ejus, qui videatur laesisse injuria; excandescentia autem sit ira nascens et modo existens (*θυμωσις*); odium ira inveterata; inimicitia ira ulciscendi tempus observans; discordia ira acerbior, intimo odio et corde concepta &c. — Als die Quelle aller Perturbationen aber nennen die Stoiker den Mangel an Mäßigung oder Selbstbeherrschung, was ein Abfall vom Verstand und der gesunden Vernunft ist, und von der Vorschrift der Vernunft so abgewandt, daß die Begierden keineswegs weder regiert, noch in Ordnung erhalten werden können. Wie nun die Mäßigung die Begierden besänftigt, und bewirkt, daß sie der auf die rechte Weise gestimmten Vernunft gehorchen, und die Urtheile des Geistes wohl erwogen erhält, so ist es der ihr entgegengesetzte Mangel an Mäßigung, welcher die ganze Gemüthsverfassung entzündet, verwirrt, aufreizt, daher hieraus alle Perturbationen sich erzeugen. — Weiter befassen sich die Stoiker nun weitläufig mit Vergleichungen der leiblichen und geistigen Krankheits- und Zerrüttungszustände. Das Wesentliche davon ist folgendes: Wenn die Einbildungen unregelmäßig und verwirrt

sich durch einander drängen, so ist die **perturbatio** immer in Bewegung; wenn aber dieses Wallen und Wogen des Gemüthes alt geworden und gleichsam in Mark und Adern eingewurzelt ist, dann entstehen Krankheit und Zerrüttung und jene Verabscheuungen, welche jenen Krankheiten entgegenstehen; z. B. Geiz, Ruhmsucht, Weibersucht, Weiberhaß, Menschenhaß, Ungastlichkeit rc. — Wie nun ferner die Einen mehr zu dieser, die Andern mehr zu jener körperlichen Krankheit geneigt sind, weswegen man Manche mit dem Schnupfen, Manche mit der Kolik behaftet nennt, nicht weil sie es eben jetzt sind, sondern weil sie es oft sind, so sind Einige mehr zur Furcht, Andre mehr zu einer andern Perturbation geneigt. Daher man Einigen Aengstlichkeit beilegt und sie ängstlich nennt, Andern Zornsucht, was vom Zorne verschieden ist, — denn etwas Anderes ist zornsüchtig seyn, etwas Anderes zornig; sowie Aengstlichkeit sich von Angst unterscheidet: denn nicht Alle sind ängstlich, welche bisweilen beängstet werden; und hinwiederum werden die Aengstlichen nicht jederzeit beängstigt; sowie zwischen Berauschung und Trunksucht ein Unterschied ist; und ein Anderes ist verbuhlt seyn, ein Anderes lieben (dieser **proclivitas** steht im Guten, die **facilitas** gegenüber). — Wie es nun aber ferner im Körper Krankheit, Siechheit, Gebrechen gibt, so auch in der Seele. Krankheit nennen die Stoiker die Zerrüttung des ganzen Körpers; Siechheit — Krankheit mit Schwäche; Gebrechen, wenn die Theile des Körpers nicht unter einander übereinstimmen; daher Unregelmäßigkeit, Verdrehung, Entstellung der Glieder. So erzeugen sich jene beiden, Krankheit und Siechheit, aus der Erschütterung und Störung der ganzen Gesundheit des Körpers, während das Gebrechen bei sonst unverletzter Gesundheit bloß für sich selbst erscheint. — Wie übrigens des Körpers Harmonie, wenn die Bestandtheile desselben unter einander zusammenstimmen, Gesundheit heißt, so bei der Seele, wenn ihre Urtheile und Vorstellungen sich unter einander einigen. Und

darin besteht die Tugend der Seele, welche nach Einigen die Harmonie selbst ist; nach Andern gehorcht sie den Gesetzen der Harmonie und folgt ihr, ohne jedoch irgendwo ihr Abbild zu haben. Es gibt aber auch eine gewisse Gesundheit der Seele, welche selbst dem Unweisen zukommen mag, wenn nämlich durch die Heilung der Aerzte die Verwirrung des Geistes aufgehoben wird. — Das jedoch ist der Unterschied zwischen Seele und Körper, daß gesunde Seelen von einer Krankheit befallen werden können und ebenso die Körper es können, hingegen die körperlichen Anfälle ohne Schuld zustoßen können, aber nicht ebenso die der Seele, welche in Krankheiten und Perturbationen stets aus Verschmähung der Vernunft verfällt; daher diese immer nur im Menschen sich erzeugen." [101] — Namentlich vom Zorne heißt es noch später (Cap. 36.): „Daher sagen wir von den Zornigen im eigentlichen Sinne, sie seyen außer sich gekommen, d. h. außer Ueberlegung, außer Vernunft, außer Geist; denn diese müssen über die ganze Seele Gewalt haben;" und im Cap. 37. wird nochmals ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß, wenn die Vorstellung, die den Perturbationen zu Grunde liegt, eine irrige sey, innere Gleichmäßigkeit dagegen auf dem Wissen beruhe. —

Das Resultat dieser stoischen Lehre wäre denn folgendes: Die Gesundheit der Seele besteht in der Harmonie aller geistigen Kräfte, in der reinen Zusammenstimmung des Empfindens und Begehrens mit der Vernunft. Die Störungen dieser Harmonie sind die Perturbationen, welche von größerer oder geringerer Dauer, welche augenblickliche Affektionen seyn oder zu eingewurzelten Neigungen werden können. Solche Störungen sind jedesmal Aufhebungen des inneren Gleichgewichts, Emancipationen des Gefühls und des Triebs von dem Wissen, Abfälle von der Vernunft; eben deshalb aber können sie den Menschen nie zufällig

---

101) Cicero quaest. Tuscul. Lib. IV. cap. 5—14.

treffen, es liegt ihnen immer eine **culpa** zu Grunde. Diese **culpa** besteht nämlich eben in der Vernachlässigung der **constantia**, **temperantia**, wodurch jene Gesundheit der Seele, jene Harmonie der geistigen Kräfte bedingt wird; da aber gerade die **temperantia** die dem socialen Leben zugekehrte Seite der Tugend ist, so folgt hieraus, daß jene innere **culpa** auch äußerlich in die Form des Unrechts umschlagen muß, da die Forderung jener Tugend absolut an Alle ergeht, und die aus der **perturbatio** des Einzelnen hervorgehenden Handlungen gleichsam selbst wieder zu Perturbationen der ganzen vernünftigen socialen Harmonie werden.

Von anderen, hieher einschlagenden Aeußerungen Cicero's mögen noch einige hier stehen, so aus der Schrift **de Inventione**:

> **Affectio est animi aut corporis ex tempore aliqua de causa commutatio, ut laetitia, cupiditas, metus, molestia, morbus, debilitas &c.**
>
> **Impulsio est, quae sine cogitatione per quandam affectionem animi facere aliquid hortatur, ut amor, iracundia, aegritudo, vinolentia, et omnino omnia, in quibus animus ita videtur affectus fuisse, ut rem perspicere cum consilio et cura non potuerit: et id quod fecit, impetu quodam animi potius, quam cogitatione fecerit. Ratiocinantio autem est diligens et considerata faciendi aliquid aut non faciendi excogitatio. Ea dicitur interfuisse tum quum aliquid certa de causa vitasse aut secutus esse animus videtur, ut si amicitiae quid causa factum dicetur, si inimici ulciscendi, si metus, si gloriae, si pecuniae, si denique, ut omnia generatim adplectamur, alicujus retinendi, augendi, adipiscendive commodi, aut contra rejiciendi, deminuendi, devitandive incommodi causa. ib. lib. II. c. 5.**
>
> **Item vitiosum est id, quod vulgarem habet defensionem, hoc modo: iracundia inductus peccavit**

aut adolescentia aut amore. Hujuscemodi enim deprecationes si probabuntur, impune maxima peccata dilabentur. ad Herenn. Lib. II. cap. 25.

Sin autem imprudentia reus se peccasse dicet, primum quaeretur, utrum potuerit scire an non potuerit. Utrum data sit opera, ut sciretur an non. Deinde utrum casu nescierit an culpa. Nam qui se propter vinum aut amorem aut iracundiam fugisse rationem dicet, is animi vitio videbitur nescisse, non imprudentia: quare non imprudentia se defendet, sed culpa contaminabit. ib. Lib. II. cap. 16.

Modus est, in quo quemadmodum et quo animo factum sit quaeritur. Ejus partes sunt prudentia et imprudentia. Prudentiae ratio quaeritur ex iis quae clam, palam, vi, persuasione fecerit: imprudentia autem in purgationem confertur, cujus partes sunt inscientia, casus, necessitas, et in affectionem animi, hoc est, molestiam, iracundiam, amorem et cetera, quae in simili genere versantur. Cic. de invent. Lib. I. cap. 27.

Sed in omni injustitia permultum interest, utrum perturbatione aliqua animi, quae plerumque brevis est et ad tempus, an consulto et cogitate fiat injuria. Leviora enim sunt ea, quae repentino aliquo motu accidunt, quam ea quae meditata et praeparata inferuntur. Cic. de offic. Lib. I. c. 8.

Auch aus Senecca's Schrift de Ira sey es erlaubt einige Stellen hieher zu setzen:

Nec immerito mihi videris hunc praecipue affectum pertimuisse, maxime ex omnibus taetrum ac rabidum. Ceteris enim aliquid quieti placidique inest; hic totus concitatus et in impetu doloris est. Quidam itaque e sapientibus viris iram dixerunt brevem insaniam; aeque enim impotens

sui est, decoris oblita, necessitudinum immemor, in quod coepit pertinax et intenta, rationi consiliisque praeclusa, vanis agitata causis, ad dispectum aequi verique inhabilis, ruinis simillima, quae super id, quod oppressere, franguntur. Lib. I. c. 1.

Contra utramque (definitionem) dicitur, feras irasci nec injuria irritatas, nec poenae dolorisve alieni causa; nam etiamsi hoc efficiunt, non hoc petunt. Sed dicendum est feras ira carere et omnia praeter hominem. Nam cum sit inimica rationi, nusquam tamen nascitur, nisi ubi rationi locus est. Impetus habent ferae, rabiem, feritatem, incursum: iram quidem non magis quam luxuriam. Irasci quidem non magis sciunt quam ignoscere. Muta animalia humanis affectibus carent: habent autem similes illis quosdam impulsus. Alioqui si amor in illis esset et odium esset; si amicitia, et simultas; si dissensio, et concordia; quorum aliqua in illis quoque exstant vestigia: Ceterum humanorum pectorum propria bona malaque sunt. Nulli nisi homini concessa providentia est, diligentia, cōgitatio: ib. cap. 3.

Quaerimus enim, utrum ira judicio, an impetu incipiat, id est, utrum sua sponte moveatur, an quemadmodum pleraque, quae intra nos insciis nobis oriuntur. Iram quin species oblata injuriae moveat, non est dubium; sed utrum speciem ipsam statim sequatur et non accedente animo excurrat, an illo assentiente moveatur, quaerimus. Nobis placet, nil ipsam per se audere, sed animo apprŏbante. Nam speciem capere acceptae injuriae, et ultionem ejus concupiscere, et utrumque conjungere, nec laedi se debuisse et vindicari debere, nŏn est ejus impetus, qui sine voluntate nostra concitatur. Ille simplex est, hic compŏsitus et

plura continens. Intellexit aliquid, indignatus est, damnavit, ulciscitur; haec non possunt fieri, nisi animus eis, quibus tangebatur, assensus est. ib. Lib. II. cap. 1.

Si (ira) invitis nobis nascitur, nunquam rationi succumbet. Omnes enim motus, qui non voluntate nostra fiunt, invicti et inevitabiles sunt: ut horror frigida adspersis, ad quosdam tactus aspernatio, ad pejores nuntios subiguntur pili, et rubor ad improba verba suffunditur, sequiturque vertigo praerupta cernentes. Quorum quia nihil in nostra potestate est, nulla quo minus fiant ratio persuadet. Ira praeceptis fugatur. Est enim voluntarium animi vitium, non ex his quae conditione quadam humanae sortis eveniunt ideoque etiam sapientissimis accidunt. Inter quae et primus ille ictus ponendus est, qui nos post opinionem injuriae movet; hic subit etiam inter ludicrae scenae spectacula et lectiones rerum vetustarum.... Sed omnia ista motus sunt animorum moveri nolentium, nec affectus, sed principia praeludentia affectibus. — Nihil ex his, quae animum fortuitu impellunt, affectus vocari debet; ista, ut ita dicam, patitur animus magis, quam facit. Ergo affectus est, non ad oblatas rerum species moveri, sed permittere se illis, et hunc fortuitum motum persequi. Nam si quis pallorem, et lacrimas procidentes, et irritationem humoris obscoeni, altumve suspirium et oculos subito acriores, aut quid his simile, indicium affectus animique signum putat, fallitur nec intelligit hos corporis esse pulsus. — Ira non moveri tantum, sed excurrere debet; est enim impetus; nunquam autem impetus sine assensu mentis est: neque enim fieri potest, ut de ultione et poena agatur animo nesciente. Putavit

se aliquis laesum, voluit ulcisci: dissuadente aliqua causa statim resedit. Hanc iram non voco, sed motum animi rationi parentem. Illa est ira, quae rationem transilit, quae secum rapit. Ergo illa prima agitatio animi, quam species injuriae incussit, non magis ira est, quam ipsa injuriae species; sed ille sequens impetus, qui speciem injuriae non tantum accepit, sed approbavit. Ira est concitatio animi ad ultionem voluntate et judicio pergentis. — Et ut scias, quemadmodum incipiant affectus, aut crescant, aut efferantur, est primus motus non voluntarius quasi praeparatio affectus et quaedam commutatio. Alter cum voluntate non contumaci, tanquam oporteat me vindicari, cum laesus sim; aut oporteat hunc poenas dare, cum scelus fuerit. Tertius motus est jam impotens, qui non, si oportet, ulcisci vult; sed utique, qui rationem evicit. Primum illum animi ictum effugere ratione non possumus, sicut ne illa quidem, quae diximus accidere corporibus, ne nos oscitatio aliena sollicitet, ne oculi ad intentationem subitam digitorum comprimantur. Ista non potest ratio vincere, consuetudo fortasse et assidua observatio extenuat. Alter ille motus, qui judicio nascitur, judicio tollitur. ib. Lib. II. c. 2—4.

Elvers[102] leitet aus diesen Aussprüchen, soweit er sie berücksichtigt hat, die gewöhnliche Ansicht ab, daß der Affekt den dolus nicht aufhebe, vielmehr die im Affekte begangenen Verbrechen nur Unterarten der dolosen Verbrechen überhaupt seyen. Er sagt:

„Durch den Affekt wird der rechtliche Grundbegriff eines Verbrechens nicht verändert, und die im Affekte begangene Tödtung ist so gut als die vorbedachte ein

102) a. a. O. S. 235 ff.

> **homicidium**; je mehr die stoischen Ansichten die spätere Jurisprudenz und Gesetzgebung durchdrangen, je mehr daher auch die Pflicht, durch die **ratio** die **perturbatio** zu überwinden, allgemein anerkannt wurde, desto weniger konnten jene geneigt seyn, der **pertubatio** und **impulsio** das Wort zu reden oder gar die Behauptung aufzustellen, daß zu jedem Verbrechen eine **ratiocinatio,** eine vorhergehende besonnene Ueberlegung nothwendig sey."

Nur wegen eines äußerst starken Affekts, näher eines **justissimus dolor** habe man daher, und zwar mit größter Vorsicht, eine Strafmilderung zugelassen. Bei diesem höchst beschränkten Einflusse des Affekts sey es auch sehr begreiflich, daß die Gränze zwischen der **impulsio** und der **ratiocinatio** für den römischen Juristen als solchen eine sehr untergeordnete Bedeutung gehabt haben müsse; indem es in rechtlicher Hinsicht gleichgültig gewesen sey, ob noch ein Affekt, eine **perturbatio** zur Zeit der Handlung obgewaltet habe, ob diese daher **impulsione** geschehen sey, oder ob statt des bloßen Affektes bereits eine **aegrotatio,** ein **morbus animi,** eine Leidenschaft begründet und aus dieser in Folge ruhiger Ueberlegung, oder einer **ratiocinatio,** die That hervorgegangen sey. Denn in beiden Fällen sey ja in der Regel gleiche Strafe eingetreten und der römische Jurist sey weit davon entfernt gewesen zu verlangen, daß ein **homicidium** oder irgend ein anderes Verbrechen bei kaltem Blute ruhig überlegt oder beschlossen seyn müsse, wenn die gesetzliche Strafe eintreten solle. Allein die Größe und Heftigkeit des Affekts habe ein rechtliches Interesse dargeboten, in welcher Hinsicht aber sich der Natur der Sache nach keine scharfe Gränze **a priori** habe ziehen lassen. — Denn jede im Affekte, auch in dem heftigsten, unternommene Handlung sey **mente animi,** oder **judicio et opinione** unternommen gewesen. Von einer eigentlichen **voluntas** aber sey nur in Betreff rationeller Handlungen die

Rede gewesen; die **ratiocinatio** habe völlige Affektlosigkeit vorausgesetzt; so daß demnach die **mens**, das **judicium**, die **opinio**, der Wille im weitern Sinne, keine bestimmte specifische Gränze zwischen den heftigen und minderheftigen Affekten habe begründen können. Nur die Größe und Heftigkeit des unwillkührlich empfangenen ersten Eindrucks habe einen Maßstab der Beurtheilung abgeben können; allein für die Würdigung dessen haben sich keine allgemeinen Regeln geben lassen, sondern es habe dem Richter überlassen bleiben müssen, nach der Lage der Umstände die Heftigkeit des Eindrucks und daher die Größe der **impulsio** zu ermessen. Daß nur der heftige Impuls beachtet werden solle, bezeichne auch der, von den Philosophen nur allgemein, von den Juristen jedoch technisch gebrauchte Ausdruck **impetus**. Da ohnehin jede affektvolle Handlung **mente** geschehen sey, so haben nun auch füglich die Juristen alle übrigen affektvollen Handlungen mit denen, welche kaltblütig verübt wurden, nach vorgängiger **ratiocinatio**, in die Eine Klasse der **proposito** verübten Verbrechen zusammenstellen können. Uebrigens verstehe sich nach dem Begriffe von **impetus** von selbst, daß derselbe überall nur da habe anerkannt werden können, wo gleich auf den empfangenen ersten unwillkührlichen heftigen Eindruck auch die affektvolle Handlung erfolgt sey. Wo dagegen geraume Zeit zwischen diesem empfangenen Eindruck und der Handlung verflossen sey, da habe allenfalls noch von einer **perturbatio** im Gegensatze der **aegrotatio** oder des **morbus**, der tiefer begründeten Leidenschaft, die Rede seyn können, aber nicht mehr von einem eine Strafmilderung bewirkenden **impetus**, weil inzwischen der erste Eindruck wesentlich geschwächt gewesen sey, und das Gemüth sich gesammelt haben müsse, so daß jetzt eine Ueberwindung der **perturbatio** durch die **ratio** wieder um so entschiedener habe verlangt und eine verbrecherische That mit der ganzen Schwere des Gesetzes bestraft werden müssen.

Wir glauben, daß durch diese Ausführung den Aus-

sprüchen der gedachten Schriftsteller in mehrfacher Hinsicht Gewalt angethan ist. Vor Allem ist die Behauptung, daß es nur auf die Größe und Heftigkeit des empfangenen ersten unwillkührlichen Eindrucks angekommen sey, eine durch nichts begründete. Sie ist aus der eigentlichen Jurisprudenz hergeholt und zwar aus den betreffenden Bestimmungen der **lex Julia de adulteriis** abgezogen. Allein nicht nur legen diese, sondern es legen auch andre oben angeführte Stellen, wornach im Falle des Affekts eine gelindere Strafe eintreten soll, auf dieses Moment gar kein Gewicht, — und mit Recht, da der Affekt doch wohl nicht quantitativ, sondern nur qualitativ bestimmt werden kann. So heißt es z. B. **misericordia ductus,** nicht etwa **maxima misericordia &c.,** ebenso **impatientia doloris, taedio vitae, morbo, furore, pudore** — ohne einen Superlativ, es ist von **inconsultus calor** u. dgl. die Rede, ohne daß auf die besondre Heftigkeit Gewicht gelegt wäre. — Freilich wird jedoch dieser Behauptung das System der Stoiker unterstellt. Elvers geht davon aus, daß nach der stoischen Ethik auch die **perturbationes,** sowohl die vorübergehenden, als die zur Krankheit einwurzelnden, d. h. sowohl die Affekte, als die Leidenschaften, nicht ohne **mens, animus, opinio** vorgestellt werden. Dieser noch ganz unbestimmten, das Gebiet der Freiheit noch nicht berührenden, Voraussetzung unterschiebt er nun sogleich den Satz, daß bei affektvollen Handlungen ebenso wie bei nicht affektvollen ein **dolus** integrirender Theil sey, ein **propositum,** eine freie Willensbestimmung. Und nachdem er dieses *πρωτον ψευδος* begangen hat, kann er nun freilich leicht weiter so fortschließen. Sofern zu den Verbrechen überhaupt nur ein **dolus,** ein **propositum** im Allgemeinen gehörte, solches aber im **impetus,** wie in der **aegrotatio** und **ratiocinatio** enthalten war, so mußten nicht nur die affektvollen Handlungen im Allgemeinen ganz in das Gebiet des **dolus** fallen, sondern der Unterschied unter denselben mußte auch ein sehr untergeordneter seyn,

wenn nicht etwa eine besondere Heftigkeit des Affekts eine Ausnahme von der Regel begründete. Die ratiocinatio bestimmt er nun ferner als die, mit völliger Affektlosigkeit begangene, mit kaltem Blute beschlossene und ausgeführte Handlung, und stellt es als unmöglich dar, daß eine solche Willensbestimmung den subjectiven Thatbestand bei den Verbrechen im Römischen Criminalrecht habe bilden können. Daher ist ihm denn propositum die Gattung, ratiocinatio, Leidenschaft, Affekt die Arten; und in Bezug auf Strafmilderung im Gebiet des dolus will er weiter nun die im heftigsten Affekt (impetu) begangenen Handlungen von den übrigen affektvollen ebensowohl, als von den aus Leidenschaft und den ratiocinatione verübten, unterschieden wissen. — Hierin ist nun aber das Mißverständniß der stoischen Lehre ganz offenbar. Elvers selbst gesteht zu, daß von einer eigentlichen voluntas nur in Betreff rationeller Handlungen die Rede gewesen sey. Dies hätte ihn darauf führen sollen, daß er hier die Begriffe voluntas, ratio, mens, opinio, judicium u. s. w. auf eine verderbliche Weise durch einander geworfen habe. — Wenn Seneca, auf den sich Elvers noch mit dem meisten Scheine berufen könnte, von einem den Affekt begleitenden Bewußtseyn und einer darin liegenden Willensbestimmung spricht, so setzt er ja diese Bestimmungen nur als Gegensatz rein zufälliger Affektionen, wie des Blaßwerdens, der Erregung unanständiger Flüssigkeit u. dgl. fest; er will damit nur den Menschen vom Thier unterscheiden, er will nur sagen, daß der Affekt überhaupt in die Sphäre des Geistes falle. In diesem Sinne unterscheidet er denn drei Bewegungen im Affekte selbst. Die erste ist ihm eine unwillkührliche, zufällige, den körperlichen Sensationen gleiche, durch den Eindruck vom Bilde des erlittenen Unrechts entstanden; die zweite ist das plötzliche, das Denken überspringende und mitsichreißende Hingeben an dieses Bild; die dritte involvirt schon die völlige Unterjochung des Denkens (diese Stelle

erklärt Elvers ganz falsch). Wenn also Seneca gleich die affectus als willkührliche von den bloßen motus als unwillkührlichen Bewegungen unterscheidet und sie somit auf dem Gebiete der voluntas hervorgehen läßt, wenn er gleich sagt, daß der Affekt als inimicus rationi nirgends entstehen könne, nisi ubi rationi locus est, daß er daher auch gegenüber den Thieren nur dem Menschen eigenthümlich sey, weil nur diesem providentia, diligentia, cogitatio zukomme, wenn gleich Ausdrücke gebraucht sind, wie: der Affekt könne nicht sine voluntate, nicht sine assensu animi, nur animo approbante sich äußern, — so hat er mit alle dem noch nichts Weiteres bestimmt, als die Unterscheidung des Affekts als innerlicher Bestimmung von andern bloß äußerlichen, näher des Affekts als Aeußerung von dem ihm zu Grunde liegenden, unwillkührlichen, lediglich von außen her kommenden Eindrucke. Dagegen hebt Seneca gerade das weitere Moment recht ausdrücklich hervor, daß hier zwar Willensthätigkeit, aber keine Einsicht vorhanden sey, eine concitatio, ein secum rapere, se permittere, eine conditio rationi consiliisque praeclusa, eine voluntas non contumax, die zu einem motus impotens werde, qui rationem evincit. Gerade das ist ihm das Verwerfliche am Zorne, daß man kein judicium, consilium zulasse, wodurch jener impetus paralysirt werden könne. In allen seinen Ausdrücken liegt die deutliche Absicht, den Affekt ganz unterschieden von dem Zustande einer freien voluntas darzustellen. Eine Handlung im Affekte ist nach ihm nicht durch ein directes bewußtes Wollen, sondern durch ein indirectes Wollen, durch ein Sichhingeben an das empörte Gefühl, durch ein Sichgehenlassen charakterisirt. Daher braucht er auch hinsichtlich des Willensmoments nur sehr schwankende, meist negative Ausdrücke, non nisi animo adprobante, non nesciente animo, non sine assensu mentis u. dgl. Noch prägnanter spricht Cicero von einer impulsio, quae *sine cogitatione* per quandam affec-

tionem animi facere aliquid hortatur; von einer affectio animi, die solcher Art sey, ut rem perspicere cum consilio et cura non potuerit. Auch in der angeführten Stelle aus der Schrift de officiis setzt er die Handlung im Affekt ausdrücklich dem, was consulto et cogitate geschehe, als viel leichter strafbar gegenüber. Er rechnet den Affekt überall zu denjenigen Momenten, womit der Defensor die gesetzliche Strafe zu elidiren suchen müsse. Da nun diese überall auf die Voraussetzung des dolus gebaut war, so folgt, daß man das Handeln aus Affekt nicht für ein doloses, sondern für ein culposes ansah. Cicero wendet aber hier nur die stoische Lehre folgerecht an. Von einer eigentlichen voluntas, βουλησις, ist bei ihnen nur die Rede, wo ratiocinatio, d. h. ruhiges, bewußtes Entschließen vorhanden ist. Im Affekt wird aber zwar die voluntas nicht aufgehoben, wohl aber das Bewußtseyn auf's Höchste getrübt, daher sie ihn auch überall mit einer Krankheit vergleichen. Gerade nun das, was die Stoiker zur ratiocinatio verlangen und als solche dem Affekt direkt entgegensetzen, das kehrt bei den Beschreibungen des Thatbestands doloser Verbrechen im Römischen Criminalrecht überall wieder, nämlich die Ausdrücke proposito, consulto, data opera u. dgl., in welchen allen gerade dasjenige Moment als charakterisirend hervortritt, welches im Affekte negirt ist, wie denn Cicero auch in seiner Schrift de Invent. Lib. II. cap. 5. (s. oben) diese Anwendung ausdrücklich macht. Wo nun der Zusammenhang so klar ist, da klingt es doch sonderbar, wenn Elvers ohne Weiteres voraussetzt, der römische dolus und die stoische ratiocinatio müßten etwas Verschiedenes seyn. Freilich bestimmt er auch irriger Weise den Begriff der ratiocinacio viel enger. Er definirt sie als eine vorhergehende besonnene Ueberlegung mit völliger Affektlosigkeit. Beide Momente, das Vorhergehen und die völlige Affektlosigkeit sind unterschoben. Cicero sagt vielmehr: Ratiocinatio est diligens et considerata faciendi aliquid

aut non faciendi excogitatio. Ea dicitur interfuisse ſum, quum aliquid certa de causa vitasse aut secutus esse animus videtur. Es liegt hiernach durchaus nur das Moment des freien Selbſtbewußtſeyns, der Selbſtthätigkeit (im Gegenſatze zu dem bei dem Affekte einwirkenden Sinneneindruck) darin. Eben dieſe falſche Definition macht es nun freilich für Elvers unmöglich, den richtigen Geſichtspunkt zu treffen. Wir haben aber an der Stelle ſeiner beliebigen Verſicherung die deutliche Nachweiſung, daß der römiſche dolus mit der ſtoiſchen ratiocinatio zuſammentreffe, und mit ſeiner Vorausſetzung muß auch ſeine Folgerung fallen. Wie ſonderbar es lautet, wenn geſagt wird, die Juriſten haben füglich die affektvollen mit den kaltblütig verübten Handlungen in die Eine Klaſſe der proposito verübten Verbrechen zuſammenſtellen können, muß jedem auffallen. Ueberdies iſt es ganz ſchief, ſich hier auf die l. 11. D. de poenis zu berufen, da gerade hier aut proposito, aut impetu recht ex professo unterſchieden und für letzteres das ſehr generelle Beiſpiel der ebrietas angeführt wird. Ebenſo auffallend iſt die Weiſe, auf welche Elvers ſeine Anſicht zum Theil motivirt. Er ſagt: es leuchte ein, daß nach dem Dafürhalten der Stoiker die im Affekt unternommenen Handlungen unmöglich haben ſtraflos ſeyn können, weil allen Affekten ein Entſchluß, ein freiwilliges Verlaſſen der ratio und eben deshalb eine culpa zu Grunde liege. Dies iſt richtig; allein daraus folgt im Mindeſten nicht, was daraus gefolgert wird: daß durch den Affekt der rechtliche Grundbegriff eines (doloſen) Verbrechens nicht verändert werde. Eben das iſt ja das Auszeichnende beim Affekt, daß die voluntas hier nur ſoweit thätig iſt, als ſie von der ratio abgeht, nicht aber in der direkten bewußten Richtung auf ein Verbrechen. Letztere gehört zum dolus; bei erſterer aber kann allerdings, wie Elvers ſelbſt ſagt, nur von einer Verſchuldung, von einer culpa die Rede ſeyn. Gleicherweiſe ſagt er ſpäter: Wie das Römiſche

Recht von jedem Bürger in Betreff des erforderlichen Vermögensschutzes gegen widerrechtliche Beschädigungen **diligentia, quam hominum natura desiderat**, in Anspruch nahm, und davon den Begriff der *culpa* und des **damnum injuria datum** abhängig machte, so forderte dasselbe auch diese nämliche **diligentia, quam hominum natura desiderat**, von jedem Bürger hinsichtlich der Unterdrückung aller dem Staate und seinen Gliedern möglicherweise gefährlich werdenden Affekte, und jeder, der es an dieser **diligentia** hatte fehlen lassen und von seinen Affekten zu einem Verbrechen fortgerissen worden war, mußte dem Staate Genugthuung leisten. — Dieser Vergleich ist ganz richtig; es folgt aber daraus, daß, wie im Civilrecht, so auch im Criminalrechte die Unterlassung der gedachten **diligentia** nur zur **culpa**, nie aber zum **dolus** zugerechnet werden konnte; und es muß auffallen, wie Elvers von dem richtigen Wege, den er selbst betreten hatte, wieder abzuirren vermochte.

Es möchte nun durch das Bisherige hinlänglich klar geworden seyn, wie gerade die stoische Philosophie die Lehre vorbereitete, daß die Verpönung des dolosen Verbrechens nicht genüge, daß vielmehr auch den leichtsinnigen, unbesonnenen, affektvollen Handlungen eine Verschuldung zu Grunde liege, sofern die von Menschen zu verlangende **constantia** hiebei nicht beobachtet sey. Und eben daher erklärt sich denn, wie nun in der Kaiserzeit die Theorie der **culpa** auch positiv ins Criminalrecht eingeführt werden konnte, während sie wohl wissenschaftlich schon längst vorbereitet, wohl auch schon practisch in Anwendung gebracht worden war.

Sehen wir denn jetzt, wie die bisher dargelegten Grundsätze auf das Verbrechen der Tödtung angewandt wurden:

Als das früheste Gesetz über dieses Verbrechen ist uns aus grauem Alterthum her das des Numa überliefert. Es

unterscheidet den, welcher **dolo sciens** und den, welcher **imprudens** getödtet hat. Auch bei dem letzten findet sich im Sinne des Sacralrechts eine Buße festgesetzt. Was nun aber alles unter dem **imprudens** verstanden worden sey, das läßt sich mit historischen Zeugnissen nicht beantworten. Die von den Geschichtschreibern aufbehaltenen Fälle, wie die Tödtung des Remus, die von dem Horatier begangene, eine Giftmischerei im 8ten Buche des Livius u. s. w. sind alle so unbestimmt gehalten oder so mythisch ausgeschmückt, daß sich daraus kein sicheres Resultat entnehmen läßt. Bei dem Horatier etwa möchte man versucht seyn, eine **impetu** geschehene Tödtung und darum die milde Entscheidung, die letztlich auf eine Buße hinauskam, somit einen Beweis dafür, daß das **impetu** Geschehene für **imprudenter** geschehen gehalten wurde, anzunehmen. Indessen kann darauf in keinem Falle großes Gewicht gelegt werden. Nur soviel scheint gewiß, daß auch in dem gedachten königlichen Gesetze der Ausdruck: **dolo sciens** premirt, und hierunter eine mit klarem Bewußtseyn und direct auf den Erfolg gerichteten Willen vorgenommene Handlung verstanden werden müsse, woraus sich denn ergäbe, daß alles **impetu, lascivia, negligentia, casu etc.** Geschehene zu dem **imprudenter** Verübten gerechnet, und nur mit einer Buße belegt worden wäre. Eine solche Behandlung war denn auch der hier in Rede stehenden Periode durchaus angemessen. Wer wissentlich, arglistig und ungereizt Blut vergossen hatte, war als **parricida** dem Fluche der Götter verfallen. Wer auf irgend eine andere Art dies gethan hatte, ob schuldvoll oder unschuldig, mußte doch die That auf sich nehmen und sie wenigstens sühnen. Trat nun an die Stelle des Sacralrechts später das Strafrecht des Staats und entwickelte sich weiter, je mehr der Staat selbst sich befestigte, so ist wohl soviel als sicher anzunehmen, daß die Fälle der öffentlichen Bestrafung im Laufe der Zeit nicht beschränkt, sondern erweitert wurden, und daß demnach

eine nähere Erörterung über Bedeutung und Umfang des dolo sciens wohl entbehrt werden kann, wenn sich über den Umfang des Begriffs doloser Tödtung in späterer Zeit irgend etwas Bestimmtes ermitteln läßt. Denn man ist dann immer berechtigt anzunehmen, daß das königliche Gesetz unter dem gedachten Ausdrucke wenigstens nicht mehr verstanden habe.

Von der sullanischen Gesetzgebung nun wurde schon oben angeführt, daß sie wohl zunächst von der besonderen Pest der sicarii ihren Ursprung genommen,[103] zugleich aber auch ein allgemeines Moment in sich dargestellt habe. Was sich in dem Cornelischen Gesetze auf Tödtung bezieht, besteht wesentlich in Folgendem: 1) soll demselben unterliegen, qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa, hominemve occiderit, cujus id dolo malo factum fuerit; 2) quicunque hominis necandi causa venenum fecerit, vendiderit, emerit, habuerit, dederit; 3) qui, cum magistratus esset, publicove judicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum indicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur, condemnaretur, quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico judicio rei capitalis damnaretur: quive magistratus judexve quaestionis sub capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret; 4) qui parentes occiderit. — Wir sehen hier überall wieder das Requisit des dolus malus zur Grundbedingung gemacht, und zwar läßt sich dieses bei den unter 2 und 3 genannten Fällen gar nicht anders denken, als unter der Form der vorbedachten Arglist, wobei eben sowohl luxuria, lascivia etc., als impetus ausgeschlossen ist, da hier die Handlung überall einen vorbedachten Zweck voraussetzt, zu welchem sie die Mittel herbeischafft. Dagegen haben wir nun

103) Sanio l. c. X–XXVI.

zu untersuchen, wie das Erforderniß des dolus molus bei dem unter 1 aufgeführten Falle zu nehmen sey?

Zuvörderst ist hier festzuhalten, daß während der Dauer des ordo judiciorum publicorum die Richter sich ganz eng an die Worte des Gesetzes festhalten mußten und weder Schärfungs- noch Milderungsgründe berücksichtigen durften.[104] Sie hatten nur zu beurtheilen, ob die Merkmale des gesetzlichen Thatbestands vorhanden seyen oder nicht, und hiernach entweder zu verdammen oder freizusprechen. In Beziehung auf das subjective Moment fragte es sich also näher nur, ob das Verbrechen dolo malo begangen sey oder nicht, woraus sich denn auch äußerlich hinlänglich erklärt, warum in dieser ganzen Zeit nur dolus und casus einander entgegengesetzt wurden, und die Lehre von der culpa, wenn auch längst vorbereitet, erst später positiv in das Criminalrecht eintrat. Daß nun die culpa, welche auf einer negligentia beruht, im Criminalrecht zum Casus gerechnet, also dem dolus nicht zugezählt wurde, ist schon oben weiter auseinandergesetzt und zugleich darauf aufmerksam gemacht worden, daß hier die Lücke großentheils durch das neben dem öffentlichen Strafrechte bestehende Privatpönalwesen ausgefüllt wurde. Wie aber wurde es mit den im Affecte begangenen Verbrechen gehalten? Wurden sie unter dem Requisite des dolus malus enthalten gedacht, oder nicht? Daß sie zur Kaiserzeit, nachdem einmal der ordo judiciorum angekommen war, von den dolosen Verbrechen durchaus unterschieden und viel geringer bestraft wurden, haben wir bereits gesehen. War nun diese ihre Bestrafung, kann man auch fragen, eine Milderung oder Verschärfung des früheren Rechts? — Aus den Rechtsquellen können wir begreiflicher Weise auf diese Frage keine Antwort erhalten, da ihre Entstehung in die Zeit fällt, wo bereits die extraordinariae cognitiones Regel geworden

104) Cic. de Invent. Lib. I. c. 8.

waren. Nur soviel lernen wir jedenfalls gewiß, daß es zur Zeit der **quaestiones perpetuae** anders gehalten, d. h. das im Affekte begangene Verbrechen entweder als ein doloses behandelt und mit dem vorbedachten gleich bestraft, oder ganz straflos gelassen wurde. Wenn uns aber die Rechtsquellen selbst im Stiche lassen, so entbehren wir doch nicht des trefflichsten Gewährsmanns, welchen wir an Cicero haben. Seine Reden, sowie seine Schriften über Redekunst, müssen als die vollgültigsten Zeugnisse für die Römische Praxis in der fraglichen Zeit angesehen werden.

Eben nämlich unter der Voraussetzung jenes allgemeinen Geistes der Römischen Criminalproceßordnung muß man annehmen, daß die von dem geübten Praktiker angegebenen Vertheidigungsgründe solche waren, welche die Richter zu einem **absolvo** veranlassen konnten, weil von einer Anführung derselben zum Zwecke bloßer Strafmilderung nicht die Rede seyn konnte. Wirklich wird denn auch die Hauptfrage immer so gestellt: **jurene fecerit et liceritne facere?** [105] und, indem uns hierauf der Meister sagt, was der Ankläger und was der Vertheidiger zu erweisen habe, zeigt er uns zugleich, aus welchen Momenten der Thatbestand habe hergestellt, und durch welche er habe elidirt werden können.

In der Schrift **ad Herennium** ist von der **juridicialis constitutio** die Rede, welche darin besteht, **quum factum convenit, sed jure an injuria factum sit quaeritur.** Hiebei wird nun die **concessio** genannt, als diejenige Vertheidigungsweise, wobei der Angeklagte das Factum zugebe, aber auf Verzeihung Anspruch mache. Sie wird eingetheilt in **purgatio** und **deprecatio**, von welcher letzteren sogleich gesagt wird, daß sie **in judicio** nicht wohl vorkommen könne. Dagegen werden nun als Momente der **purgatio** angegeben: **fortuna, imprudentia, necessitudo,**

105) Auct. ad Herenn. Lib. I. cap. 10.

und als Beispiele der imprudentia wird angeführt: ille qui de eo servo, qui dominum occiderat, cui frater esset, supplicium sumpsit, antequam tabulas testamenti aperuisset, quum is servus manumissus testamento esset.[106] — Wo es sich darum handelt, ob ein gewisses Verbrechen begangen worden sey, oder nicht, da wird der Ankläger vornehmlich auf die causa verwiesen. Causa est ea, quae induxit ad maleficium, commodorum spe aut incommodorum vitiatione, ut quum quaeritur, num quod commodum maleficio appetierit, num honorem, num pecuniam, num dominationem, num aliquam cupiditatem amoris, aut ejusmodi libidinis voluerit explere. Aut num quod incommodum vitarit, inimicitias, infamiam, dolorem, supplicium.[107] — Darauf ist abermals von der purgatio die Rede, wenn nämlich der Angeklagte wegen fortuna, imprudentia, necessitudo läugne, se consulto fecisse, und hier wird über die imprudentia näher Folgendes gesagt: Sin autem imprudentia reus se pecasse dicet, primum quaeretur, utrum potuerit scire, an non potuerit; utrum data sit opera ut sciretur, an non; deinde utrum casu nescierit, an culpa. Nam qui se propter vinum aut amorem aut iracundiam fugisse rationem dicet, is animi vitio videbitur nescisse, non imprudentia; quare non imprudentia se defendet, sed culpa contaminabit.[108] Ferner wird vor dem Gebrauch allzu allgemeiner Vertheidigungsmittel gewarnt. Item vitiosum est id. quod vulgarem habet defensionem, hoc modo: Iracundia inductus peccavit, aut adolescentia, aut amore. Hujuscemodi enim deprecationes si probabuntur, impune maxima peccata dilabentur.[109]

---

106) Auct. ad Herenn. Lib. I. cap. 14.
107) ibid. Lib. II. cap. 2.
108) ibid. Lib. II. cap. 16.
109) ibid. Lib. II. cap. 25.

Noch ausführlicher ist über diese Punkte in der Schrift **de inventione** die Rede. Namentlich wird hier gesagt, daß sich der Ankläger ebensowohl auf eine **impulsio**, als auf eine **ratiocinatio** berufen könne, worauf denn die schon oben ausgezogene Begriffsbestimmung dieser beiden Momente folgt.

Nimmt man nun hiezu noch die bekannte Stelle aus den **oratoriae partitiones**:

> **Quae motu animi et perturbatione facta sine ratione sunt, ea defensionem contra crimen in legitimis judiciis non habent, in liberis disceptationibus habere possunt,** —

so scheint es freilich, als ob kein Zweifel darüber obwalten könnte, daß der Affect im **ordo judiciorum publicorum** überall zum **dolus** gezählt worden sey. Und dennoch möchte es gerathen seyn, die Sache einer näheren Prüfung zu unterwerfen. Was nämlich die letzte Stelle betrifft, so könnte man immer sagen, daß **motus et perturbationes animi** ebensowohl Leidenschaften, als Affecte bezeichnen, also die Stelle nicht unmittelbar auf die letzteren bezogen werden müsse: ferner, daß bei jedem Verbrechen in der Ausübung ein **motus** und eine **perturbatio** vorzukommen pflege, und daher die Stelle auch nur sagen könne, wenn sonst der **dolus** erwiesen sey, so habe man auf solche Momente kein Gewicht zu legen. Wenn ferner der Ankläger angewiesen wird, seinen Beweis ebensowohl auf eine **impulsio** als auf eine **ratiocinatio** zu gründen, so könnte man fragen, ob hier demselben nicht bloß Indicien an die Hand gegeben werden, die an und für sich den Beweis des **dolus** noch nicht herstellen, und die durch den Entschuldigungsbeweis wieder entkräftet werden können. Man könnte auch hier wieder geltend machen, daß nicht im Besonderen vom Affecte, sondern allgemein von der Leidenschaft, die selten ohne Affect ist, die Rede sey. Endlich, wenn bei Gelegenheit der **purgatio** nur **fortuna**, **imprudentia** und **casus**

genannt werden, könnte man hierin bloße Beispiele sehen, durch welche andere Momente der **culpa** nicht ausgeschlossen werden.

Indessen wollen wir doch eingestehen, daß alle Stellen, im Zusammenhange betrachtet, im Allgemeinen gegen die Ansicht sprechen, als ob in **legitimis judiciis** der Affect in der Regel nicht zum **dolus** gerechnet worden wäre. In **cap. 12.** der **orat. part.** nämlich will Cicero offenbar sagen, in **legit. jud.** könne sich der Vertheidiger auf **motus et perturbatio animi** überhaupt nie berufen; und im **auctor ad Herenn.** wird beigefügt, daß ein Verlassen der **ratio propter vinum aut amorem aut iracundiam** nicht zur **imprudentia** gehöre, sondern hier immer eine **culpa**, d. h. **dolus** (weil die Gesetze keine **culpa** im eig. S. kannten) anzunehmen sey.

Wenn nun aber dies als Regel für die Behandlung des Affects zugegeben werden muß, so ist einerseits dies nur für die eigentlichen **judicia legitima** und andererseits auch für diese nur als Regel zugestanden. Denn Cicero selbst sagt, daß **motus et perturb. animi in liberis disceptationibus** zu einem Vertheidigungsgrunde werden können; woraus man sieht, daß die Theorie bereits damals den Affect als etwas vom **dolus** Unterschiedenes ansah und diese Ansicht nur in den starren **ordo judiciorum publicorum** noch nicht einzubringen vermochte. Ferner scheint es allerdings, als seyen unter den **motus** und **perturbationes animi** mehr die Leidenschaften, als die Affecte, oder wenigstens nicht alle Affecte verstanden worden. Denn im Zusammenhange mit der eben angedeuteten Stelle sagt Cicero: der Defensor habe zu beweisen, — **aut jure factum, depellendi aut ulcisendi doloris gratia, aut pietatis aut pudicitiae aut religionis aut patriae nomine, aut denique necessitate, inscientia, casu.** Bei dem, was **ulciscendi doloris gratia** geschieht, ist nun offenbar an nichts Anderes als einen Affect zu denken; und, sollte sich dies

auch nur auf den bekannten Fall der Tödtung des Ehebrechers und der Ehebrecherin beziehen, so wäre wenigstens hier der Begriff des dolus selbst in legitimo judicio auf das Vorbedachte eingeschränkt gewesen. Sodann werden überhaupt neben der concessio noch drei andere Vertheidigungsmittel angegeben, nämlich comparatio, remotio und translatio criminis; und zwar heißt es von der letzteren im auctor ad Herenn. — Ex translatione criminis causa constat, quum fecisse nos non negamus, sed aliorum peccatis coactos fecisse dicimus, wofür der Fall des Orest als Beispiel angeführt wird. In der Schrift de inventione wird dagegen folgender Fall citirt: Horatius occisis tribus Curiatiis et duobus amissis fratribus domum se victor recepit. Is animadvertit sororem suam de fratrum morte non laborantem, sponsi autem nomen appellantem identidem Curiatii cum gemitu et lamentatione. *Indigne passus* virginem occidit. Accusatur. Intentio est: injuria sororem occidisti. Depulsio est: jure occidi. Quaestio est: jurene occiderit. Ratio est: illa enim hostium mortem lugebat, fratrum negligebat; me et populum Romanum vicisse moleste ferebat. Infirmatio est: tamen a fratre indemnatam necari non oportuit. Ex qua judicatio fit: Quum Horatia fratrum mortem negligeret, hostium lugeret, fratris et populi Romani victoria non gauderet, oportueritne eam a fratre indemnatam necari? Und, wenn nun gleich hier letztlich das Hauptgewicht auf eine politische Rücksicht gelegt zu werden scheint, so kann dies doch nur insofern in Betracht kommen, als sie den Affect des Thäters rechtfertigt. Daher wird auch vom Vertheidiger gesagt: ipsam relationem comprobabit, primum augendo ejus, in quem refert crimen, culpam et audaciam, — sodann wird sehr viel davon abhängig gemacht, si ejusmodi demonstrabitur injuria, ut non modo viro bomo, verum omnino homini libero videatur non fuisse toleranda. Dies geht nun

offenbar auf nichts Anderes, als darauf, daß der Affect gerechtfertigt werden müsse, und hiedurch — was die Folge ist, die Strafe abgewendet werden könne. Und dieser Grundsatz ist denn so allgemein ausgesprochen, daß man sieht, wie der Fall der Tödtung der Ehebrecher, den man etwa noch singulär zu erklären versucht seyn möchte, durchaus nicht der einzige, sondern vielmehr offenbar allgemein angenommen war, daß ein **justus affectus** den Begriff des **dolus** ausschließe und die That straflos mache. Und zwar dies sogar **in legitimis judiciis**. Für **liberae disceptationes**, wie wir gesehen haben, war ohnedies die Berücksichtigung des Affects keinem Zweifel unterworfen; und für diese gilt es denn wahrscheinlich auch, wenn Cicero in den **orat. part.** sagt: **Jam facta et eventus aut consilii sunt,** ***aut imprudentiae, quae est aut in casu, aut in quadam animi permotione*****: casu, quum aliter cecidit ac putatum sit: permotione, quum aut oblivio aut error aut metus aut aliqua cupiditatis causa permovit.** ***Est etiam in imprudentia necessitas ponenda.*** — Offenbar sehen wir also in den verschiedenen Aeußerungen des Cicero zwei widersprechende Ansichten sich gegenüberstehen. Theoretisch betrachtet er das Handeln im Affecte als etwas vom dolosen Handeln absolut zu Unterscheidendes, als einen Theil der **imprudentia**, somit als eine **culpa**, ganz im Sinne der von ihm belobten stoischen Philosophie, und von dieser Ansicht sagt er, daß sie wirklich **in liberis disceptationibus** bereits Eingang gefunden habe. Dagegen behauptet er, daß in der Praxis der **quaestiones perpetuae** in der Regel auch das affectvolle Handeln als ein doloses betrachtet und wie dieses gestraft werde. Nur sehen wir auch hier bei solchen Fällen, die unter dem Namen des **justus dolor** begriffen werden können, eine Ausnahme gemacht. So liefert uns denn das Zeugniß des Cicero den besten Nachweis über den inneren Entwicklungsgang der Sache. Daß und warum die positive Fixirung des Begriffs

der culpa überhaupt erst zur Zeit der Kaiser vorgenommen werden konnte, ist eben auseinander gesetzt worden. Zur Zeit der quaestiones perpetuae galt nur die Alternative zwischen Verdammen und Lossprechen: der Thatbestand, der zur Verurtheilung nothwendig war, enthielt überall Momente in sich, die an und für sich die culpa ausschließen, nämlich eben die scientia, prudentia, das propositum, consilium, die data opera u. dgl. Allein Verbrechen aus Affect kamen denn doch vor und es mußte die Frage entstehen, wie sie zu behandeln seyen. Nun scheint es natürlich, der früheren Zeit überall hier eine größere Strenge zuzuschreiben, da die Entwicklung des Criminalrechts überhaupt wesentlich darin besteht, den Willen immer mehr frei zu machen und in seine Momente auseinander zu setzen. Und, sofern von keiner im Affecte unternommenen Handlung gesagt werden kann, sie sey bloße That, d. h. ohne Willen verübt, so stellt es sich als sehr wahrscheinlich heraus, daß man früher nicht daran gedacht habe, auf das Moment des gebundenen Bewußtseyns Gewicht zu legen. Wie man da, wo vom objectiven Gesichtspunkte ausgegangen wird, die zufällige That selbst nicht von der wissentlich und mit Willen begangenen unterscheidet, sondern beide dem Thäter zur Schuld rechnet, so unterschied man nun zwar dolus und casus, ließ aber im Gebiete des Willens selbst dessen nähere Momente unerörtert. Die theoretischen Erörterungen des Cicero jedoch, sowie die bei liberis disceptationibus herrschend gewordene Ansicht, zeigen, daß man damals bereits über diesen abstracten Standpunkt hinausgekommen war, wenn auch derselbe in der Starrheit der legitima judicia noch in der Regel festgeblieben war. Ja vielleicht darf die ausdrückliche Heraushebung des Moments der scientia, prudentia etc. bei dem Thatbestande bereits für ein Zeichen angesehen werden, daß man selbst hier das Ungehörige fühlte. Wenigstens ergiebt sich schon hieraus die Nothwendigkeit der mindestens für den

justus dolor gemachten Ausnahmen. Nur konnte man freilich, in diesen Formen festgebannt, nicht weiter gehen, da man nur zwischen Verurtheilung und Freisprechung zu wählen hatte. Es mußten also Anomalieen nothwendig entstehen. Der Affect wurde, wo er nicht durch einen justus dolor gerechtfertigt werden konnte, ganz dem dolus, wo er aber dies konnte, dem casus gleich gerechnet. Mit der Einsicht aber, daß der Affect eine besondere Natur habe, mußte auch die Ungehörigkeit dieser Behandlungsweise zum Bewußtseyn kommen, und die von der Theorie bereits zu Ciceros Zeiten vorbereitete neue Lehre auch practisch sich Eingang verschaffen. Und dies ging denn Hand in Hand mit den neuen Ansichten über die culpa überhaupt. Die Beweise dafür liefern die Interpretationen der classischen Juristen, verglichen mit dem, was wir von den interpretirten Gesetzen (so namentlich der lex Cornelia de sic. und der lex Julia de adulteriis) wissen, sofern wir überall sehen, wie in diesen Interpretationen theils aus dem Gewohnheitsrechte, theils aus kaiserlichen Rescripten heraus ein ganz neues Element, nämlich eben die Auffassung der culpa als eines eigenthümlichen Mittelglieds in das frühere Recht eingeführt wurde.

Aeußerlich vorbereitet [110] war diese innere Reform durch das Aufkommen der extraordinariae quaestiones, nicht als ob in dem extra ordinem cognoscere ein völliges Freilassen der richterlichen Willkühr gelegen hätte, — vielmehr beruhten auch die crimina extraordinaria, so wie die poenae extraordinariae in der Regel auf Gewohnheitsrecht oder auf kaiserlichen Verordnungen und nur Geldstrafen wurden als durch richterliche Willkühr bestimmbar angenommen, woneben in gewissen Fällen auch eine Verwandlung theils der gesetzlich bestimmten, theils der durch richterliches arbitrium auferlegten Geldstrafe in Gefängniß-

110) N. Arch. des Crim.-Rechts. Bd. 13. S. 540 ff.

strafe oder in körperliche Züchtigung zugelassen war. Wenn vielmehr im civil= wie im criminalrechtlichen Gebiete der alte ordo judiciorum verschwand und die extraordinaria cognitio von Seiten der Magistrate selbst aufkam, so lag darin eigenthümlich eben dies Neue, daß man nun richterliche Organe hatte, welche den Aenderungen des Gewohnheits= und des von den Kaisern geschaffenen Rechts, und überhaupt dessen lebendiger Bewegung viel zugänglicher und aufgeschlossener waren, als die alten, starr an die leges gefetteten, judices. Birnbaum bemerkt sehr ansprechend: „Wie durch die Sitte, anstatt der durch Gesetze oder das Edikt bestimmten Geldstrafe bei Unvermögen eine andere zu verhängen, nach und nach überhaupt die peinliche Bestrafung solcher Delicte aufgekommen zu seyn scheint, die ursprünglich nur zum judicium privatum gehörten, so sind auch durch die gleiche Sitte im judicium publicum, als über die dazu gehörigen Verbrechen nicht anders mehr als extra ordinem erkannt wurde, auch nach und nach die durch Gesetze oder Senatsschlüsse bestimmten Geldstrafen überhaupt in andere verwandelt, und endlich die meisten legitimae poenae selbst auch extraordinariae geworden.» [111] Die hiebei von den Juristen gebrauchten Ausdrücke: legis poena in usu esse desiit, hodie ex lege extra ordinem puniuntur, puniri solent, plerique puniti sunt, praesides exequi solent, ita multi damnaverunt, constitutionibus cavetur et hoc iure utimur u. dgl. bezeichnen deutlich genug, daß alle diese Modificationen nicht der richterlichen Willkühr, sondern einem bestimmt zum Bewußtseyn gekommenen Gewohnheitsrechte zugeschrieben wurden, welches Gewohnheitsrecht eben in der freieren Gerichtsverfassung einen freieren Spielraum für seine Ausbildung gewonnen hatte. Zu diesem für die Entwicklung der Momente des Rechtsbegriffs gegebenen freieren Spielraum gehörte denn namentlich

111) N. Arch. a. a. O. S. 562.

auch das Abgehen von der poena legitima nach oben und unten, je nachdem schärfende oder mildernde (übrigens gesetzlich und gewohnheitsrechtlich bestimmte) Gründe vorlagen; [112] und eben in diesem Durchbruche der starren frühen Ordnung lag nun die Möglichkeit, das Gebiet der culpa und somit auch des Affects bestimmt von dem des dolus zu sondern und für beide Gebiete ein verschiedenes Strafmaaß zu geben.

Wie nun dies namentlich in Beziehung auf das Verbrechen der Töbtung geschehen sey, ist jetzt zu erörtern.

Das Cornelische Gesetz droht jedwedem mit der Strafe der Deportation, qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa, aut qui hominem occiderit, cujus id dolo malo factum sit. [113] Aber Marcian setzt hinzu: Sed solent hodie capite puniri, nisi honestiore loco positi fuerint, ut poenam legis sustineant; humiliores enim solent vel bestiis subjici, altiores vero deportantur in insulam. Modestinus sagt: Qui caedem admiserunt sponte dolove malo, in honore aliquo positi deportari solent: qui secundo gradu sunt, capite puniuntur: facilius hoc in decuriones fieri potest: sic tamen ut consulto prius principe et jubente id fiat; nisi forte tumultus aliter sedari non possit. [114] Paulus: Quae omnia facinora in honestiores poena capitis vindicari placuit: humiliores vero aut in crucem tolluntur aut bestiis objiciuntur. [115] Hiernach blieb also die im Sullanischen Gesetze festgesetzte Strafe Regel

---

112) Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit quam vult sententiam ferre vel graviorem vel leviorem, ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat. l. 13. D. de poenis.

113) l. 3. §. 5. D. ad leg. Corn. de sic.

114) l. 16. D. ad leg. Corn. de sic.

115) Paul. Rec. V. 23. §. 1.

für die **altiores**, od. **in honore aliquo positi**; von den Uebrigen wurden die **honestiores capite** bestraft, die **humiliores** aber gekreuzigt oder wilden Thieren vorgeworfen. Und zwar sagt Marcian allgemein, daß dies die Strafe der **sicarii et venefici** sey. Modestinus spricht von **caedes admissa sponte dolore malo**, wobei er einen **tumultus** als besonderen Fall erwähnt. Paulus dagegen bezieht seine Worte auf die Fälle: **qui hominem occiderint ejusve rei causa furtive faciendi cum telo fuerint et qui venenum hominis necandi causa habuerint, vendiderint, paraverint, falsumve testimonium dixerint, quo quis periret, mortisve causam praestiterint.** — Was ward nun also hier unter dem **dolus** verstanden?

Wir finden vorerst einige Fälle, wo von der Strafe des Cornelischen Gesetzes in **mitius** abgewichen wird.

**Marcianus libro XIV. Institut. — Divus Hadrianus rescripsit, eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse: et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum: et ex re constituendum hoc: nam si gladium strixerit et eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam ejus, qui in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit. L. 1. § 3. D. ad leg. Corn. de sicar.** [116]

Hier werden zwei Fälle der Tödtung verglichen; der eine, wo ein Schwert, der andere, wo andre Instrumente gebraucht werden, und eben die Art der angewandten Waffen wird zu einem Hauptindicium dafür gemacht, ob **occidendi animus (dolus)** vorhanden gewesen sey, oder nicht. Das Schwert, heißt es, deute eine vorbedachte Absicht unwidersprechlich an; hier sey also der Thäter, selbst wenn

116) cf. Collat. I. §. 6. 7. 8. 9. 10.

die Tödtung nicht wirklich erfolgt sey, eben seiner vorbedachten Absicht halber, **pro homicida damnandus.** Dagegen wird nun das Beispiel der **rixa** und solcher Waffen angeführt, welche nicht aus vorbedachter Absicht, sondern in augenblicklicher Aufwallung gebraucht werden (**clavis, cucuma**); und eben aus dieser Qualität der Waffen wird geschlossen, daß hier ein **animus occidendi (dolus)** nicht vorhanden sey. Daraus folgt klar, daß man das Characteristische des **dolus** eben in die Prämeditation setzte. Denn wollte man etwa einwerfen, es habe sich bei dem Gebrauche der augenblicklich im Affecte ergriffenen Waffen immer noch ein **occidendi animus** durch Geständniß u. dgl. herausstellen können, so ist darauf zu erwiedern, daß das Prägnante hier eben in der Qualification der gedachten Verhältnisse zu Indicien liegt, abgesehen davon, daß bei dem römischen Criminalprocesse dem Geständnisse überhaupt niemals ein bedeutender Werth beizulegen ist. Gerade die Erwähnung der **rixa** aber ist sehr gewichtig, da man hier mehrere Fälle sich denken kann, nämlich entweder eine ganz im Affect begangene Handlung, oder auch eine beabsichtigte Körperverletzung, die zur Tödtung ausgeschlagen ist 2c., jedenfalls immer mit dem characteristischen Merkzeichen, daß die Absicht zu tödten nicht vorbedacht war, keine hierauf deutenden Waffen mitgenommen wurden. Das Gewöhnliche nun bei Raufhändeln ist, daß eine dabei erfolgte Tödtung nach heutiger Ansicht zur **culpa dolo determinata** zuzurechnen ist; und, wenn man denn scrupulös seyn, und das «**tamen non occidendi animo**» unrichtig urgiren will, so kann der Affect hier zur Noth preisgegeben werden, wiewohl es schon dem gemeinen Menschenverstande monströs vorkommen muß, zwischen affectvoller Tödtung in Raufhändeln und Tödtung aus **culpa dolo determinata** in solchen eine Gränzlinie zu ziehen, eine solche Unterscheidung auch sicherlich den Römern fremd war. Dürften wir nun aber auch den Fall bloß von einer **culpa dolo det.** ver-

stehen, oder von einer reinen **culpa**, so haben wir jedenfalls schon hier ein Beispiel, wo einem Rescripte Hadrians zufolge bei **culpa** eine geringere Strafe vorgeschrieben und der Unterschied vom **dolus** ausdrücklich in den Mangel der Prämeditation gesetzt wird. Wir glauben aber auch hier schon behaupten zu dürfen (was erst an anderem Orte näher auszuführen seyn wird) daß die heutigen spitzfindigen Unterscheidungen von Tödtung im Affect, von culposer Tödtung, die aus absichtlicher Körperverletzung hervorgeht u. dgl. gerade bei Raufhändeln sich recht schief und unfruchtbar zeigen, indem hier die Willensstimmung überhaupt in der Regel ein Erzeugniß des Moments und nachher selten rein zu reproduciren ist, daher jene beliebten Unterscheidungen meistens erst in die Inquisiten hinein verhört werden, — eine Gefahr, die bei dem römischen Criminalprocesse gar nicht vorkommen konnte. Eben aber, weil hier solche Subtilitäten abgeschnitten waren, kann man sich auch nicht wohl denken, wie sie hätten constatirt werden sollen, da vielmehr das Vorhandenseyn des **dolus** in der Regel nur aus Indicien (wozu ja auch Zeugen gehören) zu erschließen war. Wenn nun gerade darauf ein Hauptgewicht gelegt wird, ob gewöhnliche Waffen, oder solche, die nur in augenblicklicher Aufwallung ergriffen zu werden pflegen, gebraucht worden seyen, so scheint es dem römischen Geiste ganz angemessen, anzunehmen, daß hier ebensowohl eine Unterscheidung der dolosen Tödtung von der affectvollen, als eine Unterscheidung derselben von der aus **culpa** oder **culpa dolo determinata** verstanden sey. — Ferner sagt

> **Marcianus ib. — Sed et in eum qui uxorem deprehensam in adulterio occidit, Divus Pius leviorem poenam irrogandam esse scripsit: et humiliore loco positum in exilium perpetuum dari jussit, in aliqua dignitate positum ad tempus relegari. L 1. § 5. D. eod.**

Und Papinian führt dafür in einer schon oben ausgezogenen

Stelle den Affect als Grund an. Dem Buchstaben nach, meint er, sey hier allerdings gegen das Cornelische Gesetz gefehlt; aber wegen des **honestissimus calor** müsse eine viel gelindere Strafe erkannt werden. Daß in **l. 4. C. h. t.** es von einem solchen Falle heißt, **homicidium esse perpetratum**, hat nichts auf sich, da in **l. 1. § 3.** auch von einem **homicidium casu perpetratum** die Rede ist. — Auch diese Veränderung des früheren strengen Rechts wird der Kaiserperiode zugeschrieben, in der wir überhaupt die Lehre von der **culpa** im Criminalrechte positiven Eingang gewinnen sehen, und auch hier kann die leichtere Bestrafung offenbar in nichts Anderem liegen, als in dem Mangel der Prämeditation, was schon durch das **deprehendere**, noch mehr durch die Ausdrücke **inconsultus calor** u. dgl. bezeichnet wird.

Aehnliche Modificationen in Beziehung auf **culpa** erscheinen noch mehrere in dem **Dig. Tit. ad leg. Corn.** So sagt Marcian **lib. XIV. Institut.**

**Sed hoc solum (sc. venenum) notatur in ea lege, quod hominis necandi causa habet. Sed ex senatusconsulto relegari jussa est ea, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dederit, ex quo ea, quae acceperat, decesserit. l. 3. § 2. D. h. t.** [117]

**Ulpian libro VII. de off. proconsulis. — Cum quidam per lasciviam causam mortis praebuisset, comprobatum est factum Ignatii Saurini Proconsulis Beticae, a divo Hadriano, quod eum in quinquennium relegasset. l. 4. § 1. D. eod.** [118]

**Paulus libro sing. de publ. jud. — In lege Cornelia dolus pro facto accipitur, nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Quare si quis alto se**

---

117) Paul. R. S. V. 23. § 14.

118) cf. Collat. I. §. 11.

praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit, aut putator ex arbore, cum ramum dejiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad hujus legis coercitionem non pertinet. l. 7. D. eod. [119]

Ueber die Bestrafung der in rixa Tödtenden gibt Paulus an: Quodsi in rixa percussus homo fuerit, quoniam ictus quoque ipsos contra unumquemque contemplari oportet, ideo humiliores in ludum aut in metallum damnantur, honestiores dimidia parte bonorum mulctati relegantur. R. S. V. 23. § 5.

Auch führt er noch folgenden Fall der culpa an: Si ex eo medicamine, quod ad salutem hominis vel ad remedium datum erat, homo perierit, is qui dederit, si honestior fuerit, in insulam deportatur, humilior autem capite punitur. R. S. V. 23. § 19.

Daneben konnte, wegen Tödtungen, die aus leichterem Versehen verübt waren, überall die actio legis Aquiliae angestellt werden, welche ohnedies bei Tödtung von Sklaven mit der Klage ex lege Cornelia concurrirte, und nicht allein bei dieser, sondern auch wohl bei Tödtungen von Freien, wie § 11. in Collat. I. deutlich beweist. [120] Und wir pflichten Birnbaum [121] bei, wenn er sagt: „In den Pandekten ist zwar nur in Beziehung auf Verwundung eines freien Menschen von der analogischen Anwendung der Klage des Aquilischen Gesetzes die Rede; allein dem Geiste des Römischen Rechts ist auch eine ähnliche Verurtheilung wegen Tödtung gemäß, um so mehr, da bei einzelnen Arten von fahrläßiger Tödtung durch bestimmte Uebertretung polizeilicher Vorschriften nach dem Prätorischen oder Aedilitischen

119) — Etsi in legem non incurrit, in metallum damnatur. Paul. R. S. V. 23. § 12.

120) L. 23. § 9. D. ad leg. Aqu. L. 7. § 1. D. de injuriis. cf. L. 1. § 3. D. ad leg. Corn. de sicar. Collat. I. § 6. § 11. J. de leg. Aqu. L. 3. C. eod. Cuj. III. § 213.

121) N. Arch. des Crim.-Rechts. Bd. 14. S. 542 ff.

Edikte, wenn der Getödtete ein Freier war, eine bestimmte Geldbuße entrichtet werden mußte ꝛc." —

Auch der jetzt umrissene äußerliche Organismus des Römischen, die Tödtung betreffenden Rechts spricht für die hier geltend gemachte Ansicht, daß nämlich der Begriff des **dolus** in der Skala der verbrecherischen Willensmomente weiter hinaufzurücken sey. Für Tödtung aus leichtem Versehen scheint nur die Klage aus dem Aquilischen Gesetze, nicht criminelle Bestrafung, zugelassen worden zu seyn. Bei einer Tödtung aus **lascivia** sehen wir fünfjährige Relegation, bei einem anderen culposen Fall (dem des Putator) **damnatio in metallum** eintreten, bei der Tödtung durch ein culposer Weise **ad conceptionem** gegebenes **medicamentum** Relegation,[122] bei der Tödtung **in rixa** für die **humiliores damnatio in ludum** oder **in metallum**, bei den **honestiores** Relegation, bei der Tödtung im Affecte für den **humilior exilium perpetuum**, für den **in aliquo honore positus** zeitliche Relegation, also überall ein Strafmaaß, das nicht einmal die ursprüngliche Strafe der **lex Cornelia** (die Deportation) erreicht. Namentlich sahen wir

122) L. 3. § 2. D. ad leg. Corn. de sic. doch cf. Paul. R. S. V. 23. § 14. u. l. 38. § 5. D. de poenis, wo für den Fall der wirklich erfolgten Tödtung von summum supplicium die Rede ist. S. auch Paul. l. c. § 19, wo bei einem culpos ad remedium gegebenen medicamentum, wenn Tödtung erfolgt, der honestior deportatur, der humilior căpite punitur, d. h. die ordentliche Strafe der lex Corn. eintritt. Stände nicht l. 38. § 5. cit. in den Dig., die übrigens der Stelle von Marcian widerspricht, so könnte man, da überhaupt die von Paulus angegebenen Strafen schärfer sind, eine spätere Milderung der Praxis annehmen, wenn nicht überhaupt, so doch in Beziehung auf culpose Fälle (wie denn auch die damnatio in metallum beim putator in den Dig. weggelassen ist. Vielleicht war man aber bei der Tödtung durch Gift überhaupt strenger, eben des malum exemplum wegen, und freilich beruft sich ja Paulus auf dasselbe Sct., wie Marcian.

die Tödtung im **inconsultus calor** sogar gelinder behandelt, als die culpose Vergiftung, ja selbst als die Tödtung **in rixa**, und die von dem **Putator** verschuldete, bei welcher es ausdrücklich heißt, daß hier die **lata culpa**, wofür der Fall als Beispiel angeführt wird, nicht dem **dolus** gleich geachtet werde, so daß sich auch hieraus wieder eine bedeutende Wahrscheinlichkeit dafür ergibt, daß man die noch gelinder bestrafte Tödtung aus **inconsultus calor** gleichfalls nicht unter die dolosen Tödtungen gezählt haben werde.

Diesen milderen Bestrafungen gegenüber ist nun nachzusehen, in welchen Fällen theils die ursprüngliche Strafe des Cornelischen Gesetzes (Deportation, und bei **humilioribus capitis poena**) theils eine härtere, angewendet worden sey. Die Regel spricht Modestinus in **l. 1. 6. h. t.** aus, indem er die ordentliche Strafe festsetzt für **caedes sponte dolove malo admissa.** Schon in diesem Ausdrucke liegt wieder ein charakteristischer Unterschied von der im Affecte begangenen Tödtung, sofern von dieser niemals die Bezeichnung **sponte** gebraucht werden kann. Indem der Ausdruck: Spontaneität dem des **dolus malus** gleichgesetzt wird, ist für sich klar, daß jede aus gereiztem Gefühle hervorgegangene Handlung zum **dolus** nicht gerechnet werden kann. Denn eben in dem **sponte** liegt die Vorstellung einer freien, von fremden Handlungen unabhängigen, Willensbestimmung, einer Handlung also, die gewöhnlich vorbedacht seyn wird, obgleich sie dies nicht nothwendig seyn muß, jedenfalls einer Handlung, welche nicht erst im Affecte beschlossen ist. Daß die **humiliores** in späterer Zeit **capite puniri solebant,** ist allgemein anerkannt. Nur die Art dieser **capitis punitio** wird verschieden angegeben. Denn, während Paulus neben dem Vorwerfen vor wilde Thiere auch die Kreuzigung nennt, spricht Marcian in den **Dig.** nur von dem Ersteren, aber so, daß man sieht, es sey etwas ausgelassen. Die Gradation der Strafen ist, nach **Callistratus libro VI.**

Cognitionum folgende:[123] Capitalium poenarum fere isti gradus sunt. Summum supplicium esse videtur ad furcam damnatio, item vivi crematio: quod quamquam summi supplicii appellatione merito contineretur, tamen eo quod postea id genus poenae adinventum est, posterius primo visum est: item capitis amputatio. Deinde proxima morti poena metalli coercitio. Post deinde in insulam deportatio. Ceterae poenae ad existimationem, non ad capitis periculum pertinent, veluti relegatio ad tempus vel in perpetuum, vel in insulam; vel cum in opus quis publicum datur, vel cum fustium ictui subjicitur. Die eine der härtesten Todesstrafen, die Kreuzigung, wofür später die damnatio ad furcam aufkam, ist also in den Dig. nicht mehr auf den ordentlichen Fall des homicidium sponte dolove malo commissum gesetzt, sondern nur capitis amputatio oder Vorwerfen vor wilde Thiere. Dagegen finden wir die damnatio ad furcam auf ein Verbrechen gesetzt, welches wohl genau mit der lex Cornelia de sicariis zusammenhängt. Von den famosi latrones nämlich sagt Callistratus:

> Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit: ut et conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus et solatio sit cognatis et adfinibus interemptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent: nonnulli etiam ad bestias hos damnaverunt. L. 28. § 15. D. de poenis.

Ferner sagt er:

> Grassatores, qui praedae causa id faciunt, proximi latronibus habentur: et si cum ferro adgredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur: utique si saepius atque in itineribus hoc admiserunt:

---

123) cf. l. 11. § 3. eod.

ceteri in metallum dantur vel in insulas relegantur. l. c. § 10.

Daneben sagt Marcianus

Delinquitur aut proposito, aut impetu; aut casu. Proposito delinquunt latrones qui factionem habent. L. 11. § 2. D. eod.

Man sieht also: Bei Tödtungen, welche durch latrones verübt waren, wurden die beiden von Paulus als ordentliche Strafen des homicidium angegebenen Strafen angewandt, während in den Dig. die Kreuzigung für die Regel weggelassen ist. Aber auch die Strafe der latrones erscheint nicht absolut bestimmt, sondern es heißt ausdrücklich, die Praxis schwanke zwischen dem Vorwerfen vor wilde Thiere und der damnatio ad furcam. Da nun die latrones wohl durchgängig zu den humiliores zu rechnen sind, so kann man in ihrer Bestrafung nicht wohl etwas Besonderes sehen. Denn im Ganzen ist es doch nur die ordentliche Strafe der lex Cornelia (wie solche zur Zeit des Paulus modificirt war), welche auf sie angewendet wurde. Man könnte höchstens sagen: die Kreuzigung sey später für die Regel außer Gebrauch und nur für famosi latrones wieder theilweise in Aufnahme gekommen. Denn zugleich lesen wir ja auch, daß nonnulli etiam ad bestias eos damnaverant, d. h. dieselbe Strafe erkannten, welche in den Dig. für das homicidium sponte dolove malo commissum überhaupt festgesetzt ist. In keinem Falle kann also das latrocinium der Regel nach als ein qualificirtes homicidium dargestellt werden, wenn gleich in manchen Gegenden politische Gründe dafür gesprochen haben mögen, den eigentlichen latro in der Bestrafung auszuzeichnen. Vielmehr erscheint das latrocinium nur als eine besondere Art der dolosen Tödtung, wie das römische Recht diese auffaßte, und der Grund davon wird in l. 21. § 2. de poen. angegeben. Proposito delinquunt latrones heißt es hier. In dem Propositum also liegt es,

warum sie als dolose **homicidae** angesehen werden; und dieses **propositum** wird hier daraus erschlossen, daß sie **factionem habent**, wie oben aus dem Gebrauch tödtlicher Waffen, und wie das Letztere nach **l. 28. § 10. cit.** auch ein Grund ist, die **grassatores** strenger zu bestrafen. Gerade in **l. 11. § 2.** aber wird wieder das **propositum** ganz ausdrücklich dem **impetus** entgegengesetzt und dadurch deutlich angezeigt, daß man eine Tödtung aus **impetus** nicht für eine dolose ansah, — nicht als wäre eine **factio** oder überhaupt ein langes Vorbedenken nöthig, um den Begriff des **dolus** zu begründen; die **latrones, qui factionem habent,** worin ein **propositum** liegt, erscheinen hier vielmehr nur als characteristisches Beispiel für das **homicidium sponte dolove malo commissum** überhaupt, und man kann nur soviel bestimmt behaupten, daß ein **homicidium impetu commissum** nicht zu den **homicidia sponte dolove malo commissa** gerechnet wurde.

Zum Theil a. M. ist Birnbaum.[124] Der Anfang seiner Ausführung ist ganz richtig, wenn er zu beweisen sucht, daß das Verbrechen der tödtenden **latrones** überhaupt unter die **lex Cornelia de sicariis** gefallen, und solche **latrones** als eine Art von **sicarii** angesehen worden seyen. Was nämlich die von ihm cit. Stellen aus Cicero, Seneca rc. andeuten, das spricht die **lex Cornelia** selbst bestimmt genug aus, wenn sie die **furti faciendi** und die **hominis necandi causa cum telo ambulantes** gleich bestraft, deshalb, weil sie bei beiden den **animus occidendi** (des **telums** halber) voraussetzt.[125] Dagegen ist mit der weiteren Behauptung nicht übereinzustimmen, daß das **latrocinium** für eine Art

---

124) N. Arch. des Crim.-Rechts. Bd. 14. S. 504 ff.

125) S. namentl. **Seneca de benef. V. 14. Latro est etiam antequam manus inquinet, quia ad occidendum jam armatus est et habet** ***spoliandi atque interficiendi voluntatem.*** **cf. l. 4. C. h. t. Cic. pro Rosc. Amer. c. 10. 33.**

von qualificirtem homicidium angesehen worden sey (geradezu sagt dies zwar Birnbaum nicht, deutet es doch aber stark genug an). Wie nämlich l. 28. § 15. de poenis zu verstehen sey, ist bereits ausgeführt. In der l. 11. C. de accusat. nämlich liegt nur, wie auch hier Birnbaum noch ganz richtig angibt, daß das eigentliche crimen homicidii und das crimen latronum als zwei verwandte Anklagen dargestellt sind und der latro eben so gut als reus legis Corneliae de sicariis galt, wie der reus homicidii im engeren Sinne. Ja, man kann sagen, daß beide Anklagen nicht nur verwandt, sondern eine und dieselben waren, sofern auf den dolus gesehen wurde; und, wenn sie in der l. 11. cit. getrennt sind, so geschieht dies nicht deswegen, weil man sie als verschieden betrachtet hätte, sondern weil in dem Falle der lex ein anderer Gesichtspunkt angenommen ist, nämlich der des eventus. Wenn ein des homicidium Angeklagter sich durchgebracht hat, so könne man ihn doch wegen des animus occidendi als latro anklagen, wird gesagt: das homicidium ist hier als vollendete, das latrocinium als mindestens beabsichtigte Tödtung zu verstehen; und nur in diesem Betrachte wird das letztere sequens crimen genannt. In keinem Falle erscheint es aber als ein qualificirtes homicidium, und die l. 11. C. cit. steht auf einem ganz anderen Boden, als die l. 28. § 15. D. de poenis. Denn in letzterer ist von vollendeten, durch latrones verübten Tödtungen, in der ersteren aber von dem latrocimium bloß insofern die Rede, als dasselbe, auch ohne Beweis der vollendeten Tödtung, den Beweis des animus occidendi involvire. Dagegen scheinen weiter die grassatores nicht unbedingt zu den sicarii gerechnet werden zu müssen, sondern nur dann, wenn sie cum ferro adgrediebantur, worin denn freilich wieder die tödtliche Absicht, also das, was sie als homicidae qualificirte, lag, wie es denn in l. 7. de leg. Pomp. heißt: Si pecunia sit subministrata, ut latronibus adgressori-

**busque daretur, qui patrem interficreent.** — Ebenso erscheint auch wohl die **seditio** als ein Fall für die Anwendung der **lex Cornelia.** Dann nämlich, wie Birnbaum richtig bemerkt, wenn dabei Waffen gebraucht wurden oder eine Tödtung vorfiel, kurz also, wenn Indicien für den **animus occidendi** vorlagen.[126] Uebrigens sehen wir auch von der **adgressura** durchaus, daß sie genau von der **rixa** unterschieden und härter bestraft wurde, eben deshalb, weil bei ihr nothwendig von einem **propositum, dolus** die Rede war.[127]

Als Analogie führt Birnbaum die Lehre von der Brandstiftung an. Auch hier, sagt er, habe die **lex Cornelia** ursprünglich alle **incendarii** mit der **aquae et ignis interdictio** bestraft. Seit dem Aufkommen der **extraordinariae quaestiones** aber seyen **variae punitionum species** eingeführt und einige Fälle härter, andere gelinder bestraft worden. Namentlich aber seyen diejenigen, **qui ob inimicitiam vel praedae causa incenderint intra oppidum sive data opera in civitate,** mit der Feuerstrafe belegt worden, während denjenigen, **qui casam aut villam sive insulam dolo exusserint,** eine gelindere Todesstrafe gedroht sey. Sehen wir nun näher in den Quellen nach, so finden wir Folgendes. — Allerdings machte sich auch hier die Lehre von der **culpa** auf's Prägnanteste geltend. **L. 11. D. de incendio** sagt: **Si**[123] **fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima,** und in der **Collat. 12. § 5.** heißt es: **et ei qui non data opera incendium fecit, nisi in lata et incauta negligentia vel lascivia fuit, plerumque**

---

126) L. 16. D. ad leg. Corn. de sic. j. l. 10. § 1. D. ad leg. Int. de ac publ. cf. Wächter im N. Arch. Bd. 13. S. 244 ff.

127) L. 16. § 6. de poenis. l. 1. § 3. l. 17 D. ad leg. Corn. de sic. l. 3. § 4. D. ad Sct. Silan.

128) cf. i. 11. C. de his qui accus. non possunt.

ignoscitur; und näher gibt Ulpian an: **Imperatores Severus et Antoninus Junio Rufino praefecto vigilum ita rescripserunt: Insularios et eos qui negligenter ignes apud se habuerint, potes fustibus vel flagellis caedi jubere: eos autem, qui dolo fecisse incendium convincentur, ad Fabium Cilonem praefectum urbi amicum nostrum remittes. l. 4. D. de off. praef. vigilum.** Andererseits trat auch hier eine Erhöhung der ordentlichen Strafe des Gesetzes, wenigstens für die **humiliores**, ein, nämlich **capitis poena**, während für die Vornehmen die **deportatio** blieb.[129] Diese **capitis poena** ist nun aber ein für alle Male als Strafe der dolosen Brandstiftung festgesetzt, und Callistratus sagt nur (in **l. 28. § 12. de poenis**): **Incendiarii capite puniuntur; qui ob inimicitias vel praedae causa incenderint intra oppidum: et plerumque vivi exuruntur. Qui vero casam aut villam, aliquo lenius**; während Ulpian in **l. 11. § 1. de inc.** sagt: **Qui data opera in civitate incendium fecerint, si humiliore loco sint, bestiis objici solent: si in aliquo gradu id fecerint, capite puniuntur aut certe in insulam deportantur.** Wir sehen hieraus, daß für die dolose Brandstiftung innerhalb einer Stadt die Strafe schwankte, indem Callistratus (offenbar von den **humiliores**) sagt: **capite puniuntur et *plerumque* vivi exuruntur**; Ulpian aber; **bestiis objici solent**; ferner für die **honestiores** Ulpian zwischen der **capitis poena** und **deportatio** schwankt, während nach **l. 1. pr. j. l. 3. § 5. D. ad leg. Corn. de sic.** für diese nur die Deportation angenommen zu seyn scheint. Das Lebendigverbrennen erscheint demnach allerdings als eine härtere Todesstrafe, denn das **bestiis objici** oder die **capitis amputatio**, und scheint als solches wegen der objectiven Gefährlichkeit von Brandstiftungen in der Stadt, vielleicht auch wegen des Moments

129) l. 1. pr. l. 3. §. 5. D. ad leg. Corn. de sic.

des Complotts (**ob inimicitias vel praedae causa**) in manchen Gegenden aufgekommen zu seyn. In subjectiver Beziehung dagegen wird in den angeführten Stellen durchaus kein Unterschied gemacht. Ueberall ist nur von dolosen Brandstiftungen die Rede; nur wird der **dolus** bald allgemeiner, bald concreter ausgedrückt, immer aber so, daß er eine vorbedachte böse Absicht involvirt (**data opera, praedae causa &c.**). Mit den **incendiarii**, wovon Callistratus spricht, scheint es sich mithin ganz ebenso zu verhalten, wie wir vorhin bei den **famosi latrones** sahen, daß nämlich in manchen Gegenden erschwerender Gründe (Complott ꝛc.) halber, eine härtere Todesstrafe für sie gebräuchlich ward. Aber, wie Ulpian beweist, war dies nicht einmal allgemein der Fall. Nach Paulus (**R. S. V. 20.**) traf die Brandstifter **intra oppidum** die **capitis poena**; diejenigen, **qui casam aut villam incenderint**, wenn sie **humiliores** waren, **poena metalli** oder **opus publicum**, wenn sie **honestiores** waren, **relegatio in insulam.** [130] Der Unterschied lag also hauptsächlich nur in dem **intra** oder **extra oppidum**, vielleicht auch in dem Momente des Complotts, und diese Unterschiede wurden in verschiedenen Gegenden oder Zeiten an verschiedenen Stellen der Strafskala, immer aber gleichmäßig ausgedrückt, — wobei der Begriff der dolosen Brandstiftung überhaupt niemals und nirgends eine Modification erlitt. Vielmehr wird der **dolus** auch hier immer durch **data opera, consulto,** oder **ob inimicitias, praedae causa, praedandi causa,** wie beim **homicidium** durch **proposito, sponte** u. dgl. ausgedrückt. Auch bei der Brandstiftung ist also der Begriff des **dolus** niemals verändert, sondern nur zwischen **dolus** und **casus** die **culpa**, und zwar in manchen Abstufungen (**culpa dolo proxima, culpa lata, luxuria, lascivia; imprudentia, negligentia**) eingeschoben worden, wie beim **homicidium** gleichfalls zwischen **dolus** und **casus** theils die **culpa**, theils der **inconsultus calor**

130) cf. Collat. XII. §. 4—6.

eingeschoben wurde, alles in Folge der oben näher erörterten, schon auf dem Wege der Philosophie vorbereiteten, besonders aber durch die Kaiser ins Leben eingeführten Reform der criminalrechtlichen Ansichten.

Ebenso ist denn auch in Beziehung auf die **sicarii** mit Birnbaum nicht überall übereinzustimmen. Zuvörderst ist es unrichtig, daß die **grassatores** ebenso wie die **latrones** im Allgemeinen einer strengeren Bestrafung unterworfen worden seyen. Denn einmal werden als schärfende Momente bei ihnen ausdrücklich die öftere Verübung, die Verübung auf den Landstraßen, die Verübung mit tödtlichen Waffen rc. angegeben; und dann wird selbst in diesen geschärften Fällen nicht weiter behauptet, als: **capite puniuntur**, was nach **l. 5. § 3. l. 16. D. h. t.** für alle **homicidia sponte dolove commissa** galt, wenn die Verübenden **humiliores** waren. Von den **latrones** ist gleichfalls bereits angeführt, daß schon Paulus als ordentliche Strafe der **sicarii** überhaupt die **poena crucis** anführt, man also nicht einmal behaupten kann, die **poena furcae** sei durchaus eine Verschärfung gewesen, abgesehen davon, daß sie nur in einigen Gegenden ebenso zur Anwendung kam, wie das Lebendigverbrennen bei den Brandstiftern. Es ist denn auch ganz wohl glaublich, daß auf das Moment des Beraubens nicht eben so große Rücksicht mehr genommen wurde, nachdem einmal für alle Fälle doloser Tödtung (bei den **humiliores**) Todesstrafe aufgekommen war. Ja die **lex Cornelia** selbst unterschied wohl den **latro** gar nicht von dem Mörder überhaupt, da sie die gleiche Strafe dem **qui furti faciendi**, wie dem, der **hominis necandi causa cum telo ambulaverit**, droht und beide unter dem Gattungsnamen der **sicarii** zusammenfaßt, indem sie bei beiden den **animus occidendi** voraussetzt. Konnte doch wegen **rapina** immer nebenher noch die Privatklage angestellt werden.[131] Nun könnte man

131) Wächter Lehrbuch. § 124. und die Not. 2. cit.

allerdings auch noch sagen: Paulus setzt **poena crucis** neben dem Vorwerfen vor wilde Thiere für **sicarii** überhaupt fest, Marcianus für das dolose **homicidium** überhaupt nur die letztere Strafe, und nach Callistratus tritt bei den **famosi latrones** an mehreren Orten die **poena furcae** ein; hier ließe sich denken, daß Paulus gleichfalls bei der **poena crucis** eben die **famosi latrones** im Auge gehabt hätte, und man könnte wenigstens soviel annehmen, daß in Beziehung auf diese die bereits verschärfte Strafe der **lex Cornelia** (wenigstens in einigen Gegenden) noch etwas verschärft worden sey, wovon denn der Grund ohne Zweifel in der Wiederholung der Verbrechen (was **famosi** andeutet) und in dem Momente des Complotts (**quia factionem habent, l. 11. § 2. D. de poen.**) liegen würde. Aber den **latro** als solchen im Allgemeinen für einen strenger zu bestrafenden **sicarius** auszugeben, also das **latrocinium** als einen technischen Begriff auszuscheiden, dazu scheinen die Quellen keine Rechtfertigung zu geben, um so weniger, als — wie gesagt — schon ursprünglich die **lex Cornelia** an dem Räuber, wie an dem Banditen nur den **animus occidendi** als characteristisches Moment auffaßte und beide gleicher Strafe unterwarf, mochte nun eine Tödtung wirklich erfolgt seyn oder nicht.[132] Birnbaum sagt nun zwar selbst, daß man das **latrocinium** als unter dem **homicidium** enthalten angesehen habe, namentlich weil abwechselungsweise in den Quellen bald **latrocinia**, bald **homicidia**

---

132) Birnbaum a. a. O. behauptet zwar auch, der Versuch sey seit dem Aufkommen der **extraord. quaest.** geringer bestraft worden, als die Vollendung. Allein das Moment, worauf er sich stützt, — nämlich der Unterschied von **homicida est** und **pro homicida habetur, damnatur,** — ist ganz falsch ausgedeutet. Gerade dies beweist ja die gleiche Bestrafung, wie denn auch vom **mandator caedis** der Ausdruck gebraucht wird: **pro homicida habetur l. 15. D. h. t. cf. l. 7. D. l. 7. 8. C. h. t. Paul. V. 23. § 1. § 5. J. de publ. jud. l. 16. § 3. D. de poenis.**

unter den schwersten Verbrechen aufgeführt werden.[133] Nach dieser Behauptung klingt es aber sonderbar, wenn er weiterhin sagt: „Sonst aber wird **homicidium** in einem eingeschränkteren Sinne dem **latrocinium** entgegengesetzt, und, da zu dem Begriffe von diesem **Propositum** gehört, so liegt die Ansicht nicht so fern, daß zwischen beiden ein ähnlicher Unterschied obwalte, als die Carolina zwischen Mord und Todtschlag festgesetzt hat." Freilich wird auch diese Behauptung auf derselben Seite wieder weiter dahin modificirt, daß nicht jede mit Vorbedacht begangene Tödtung auch sogleich als **latrocinium** gegolten habe, und so weiß man denn freilich am Ende nicht, was der Verf. will, indem er immer mit der linken Hand wieder nimmt, was er mit der rechten gegeben hat. Offenbar will er das **latrocinium** zu mehr aufstutzen, als wirklich an demselben ist. Wie wir gesehen haben, erscheint es in den Quellen nicht als technisch besonderes Verbrechen, sondern steht unter dem Begriffe der dolosen Tödtung überhaupt. Das **propositum** ist nicht ein specifisches Moment beim **latro** (die **latrones** werden in **l. 11. § 2. de poen.** nur als Beispiel angeführt), sondern es wird jeder dolosen Tödtung beigelegt; **proposito, consulto, sponte, dolo malo, data opera** werden abwechselnd gebraucht. Ueberhaupt bezeichnet **homicidium** an und für sich nichts Technisches. Es heißt nur Tödtung im Allgemeinen, d. i. ein Akt, wodurch ein Mensch umkommt; nur durch Beisätze wird es zur Bezeichnung eines Verbrechens; **homicidium proposito, sponte, dolo &c.** verübt ist die dolose Tödtung, wovon die **lex Cornelia de sicariis** handelt. Ihr gegenüber steht das **casu** oder **jure** geschehene **homicidium**, welches gar nicht als Verbrechen gilt; und dazwischen liegen die in der Kaiserzeit allmählig festgestellten Begriffe von **homicidium** das aus **culpa** verübt ist, welche

133) l. 27. § 2. D. de poen. l. 6. D. de custodia reor. l. 3. C. si reus vel accus. l. 22. C. de episc. aud. l. 6. de custod. reor.

culpa bald in einem inconsultus calor, bald in negligentia liegt. Von einem bedeutenden Unterschiede zwischen clam und palam factum homicidium können wir in den Quellen eben auch nichts finden. In l. 14. C. de his qui accusari non possunt ist nur von insidias parare die Rede, d. h. von einem Mordversuch; weiter drückt hier das insidiae nicht aus; und in l. 1. C. de his qui parentes heißt es ja gerade, es mache nichts aus, ob das parricidium clam oder palam verübt worden sey. Auch die angeführte Constitution von Manuel Commenus beweist nichts, da, wie Birnbaum selbst zugibt, im Römischen Rechte alle dolosen homicidia von den Vortheilen des Asylrechts ausgenommen sind, ohne Unterscheidung zwischen ἑκουσιως und ἐκ μελετης, sponte und propositum.[134]

Das Resultat wäre denn, daß das Römische Recht nur Ein doloses homicidium kannte, welches an honestiores mit deportatio, an humiliores mit capitis poena bestraft wurde. Versuch und Vollendung unterlag dabei der gleichen Strafe (wenn denn diese unpassenden Ausdrücke gebraucht werden sollen) — besser: der animus occidendi unterlag der gleichen Strafe, er mochte sich nun ganz oder theilweise effektuirt haben. Diesen animus occidendi nahm man aber eben sowohl an bei dem, qui furti faciendi, als bei dem, qui hominis necandi causa cum telo ambulaverat, und so ging die lex Cornelia auf die latrones, wie auf die eigentlichen sicarii. Die capitis poena für humiliores bestand in der Regel darin, daß sie bestiis objiciebantur. Für famosi latrones, qui factionem habent, kam aber in manchen Gegenden die härtere poena furcae (crucis bei Paulus) auf; aber weder allgemein, noch so, daß das latrocinium an und für sich als eine qualificirte Tödtung angesehen worden wäre. Nur das parricidium war eine solche, worüber daher auch eine andere lex bestimmte.

134) L. 3. C. de episc. aud. Nov. 17. cap. 7.

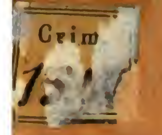
Im Begriff der dolosen Tödtung selbst wurde also in der **lex Cornelia** nichts geändert. Sie setzte nach wie vor einen spontanen Entschluß, ein freies, nicht durch Reizung hervorgerufenes Wollen voraus, eine **data opera**, ein **consilium**, welches besonders da unverkennbar ist, wo sich ein **propositum** nachweisen läßt. Nur die Strafe wurde später in einzelnen Beziehungen strenger angesetzt.

Dagegen ist die Bestrafung sowohl, als das Maaß der Bestrafung bei solchen Tödtungen, die aus **culpa** verübt werden, ein Resultat der erst nach der Zeit der **quaestiones perpetuae** zum Gemeinbewußtseyn gekommenen, wenn auch bereits zu Ciceros Zeit vorbereiteten Reform criminalistischer Begriffe. Und zwar wurde eine **culpa** ebensowohl darin erblickt, wenn man sich von einem **impetus** (Zorn, Trunkenheit rc.) hinreißen ließ, als wenn man aus **imprudentia** handelte, die bis zur **lascivia** und **luxuria** steigen kann. Wie die Lehre von der Schuldhaftigkeit des Handelns im Affecte von der Philosophie der Jurisprudenz an die Hand gegeben wurde, haben wir oben gesehen. Was denn namentlich schon Cicero ausgesprochen hatte, das wurde von den Kaisern und ihren Räthen positiv ins Criminalrecht eingeführt.

Daß also das Römische Recht als eine technisch besondere Art des **homicidium** die Tödtung im Affect angenommen hätte, kann man nicht sagen; vielmehr nur dies: Ursprünglich kannte es nur den starren Dualismus von **dolus** und **casus**, wobei **dolus** die direkte, bewußte, freie Entgegensetzung des subjectiven Willens gegen den objectiven bedeutete. Eben diese spontane Absicht in ihrer absoluten Beachtung und in dem Mangel der Unterscheidung zwischen vollständiger oder unvollständiger Aeußerung ist der characteristische Gesichtspunkt des Römischen Rechts. Die Mängel dieser Abstraction kamen aber später zum Bewußtseyn und es bildete sich der neue höhere, vermittelnde Begriff der **culpa**, worauf nun erst die subjective Seite am Verbrechen

in ihre Momente auseinandergesetzt und alle diese Momente im positiven Criminalrechte fixirt werden konnten. Sofort wurde also die **culpa** nach ihren zwei Seiten, dem Affect und der **culpa** im e. S. (**negligentia** und ihren Arten) als criminalistisch strafbare Willensmodificationen anerkannt, und in Folge dessen auch zwischen dem dolosen und dem casuellen **homicidium** als gelinder zu bestrafen und die **homicidia** aus **lascivia**, **luxuria**, **culpa**, **imprudentia**, **negligentia**, sowie aus **impetus**, **inconsultus calor**, **ira**, **ebrietas** &c. eingeschoben, nicht so, als ob ein besonderes Verbrechen des Todtschlags im modernen Sinne angenommen worden wäre, sondern nur so, daß eine das ganze Strafrecht durchdringende neue Ansicht auch auf das **homicidium** angewendet wurde.

Den römischen Begriffen ist nun im Cap. 3. die Ansicht des Germanischen Rechts gegenüber, und sodann die Theorie der Carolina in Cap. 4. darzustellen.





# Die Lehre

vom

# Mord und Todtschlag,

einer

historisch-philosophischen Kritik unterworfen,

zugleich dogmatisch, dogmengeschichtlich, und mit Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen dargestellt

von

Christian Reinhold Köstlin,
Advokaten zu Stuttgart.

---

## Erster Theil.

## Die Ideen des Römischen Rechts.

